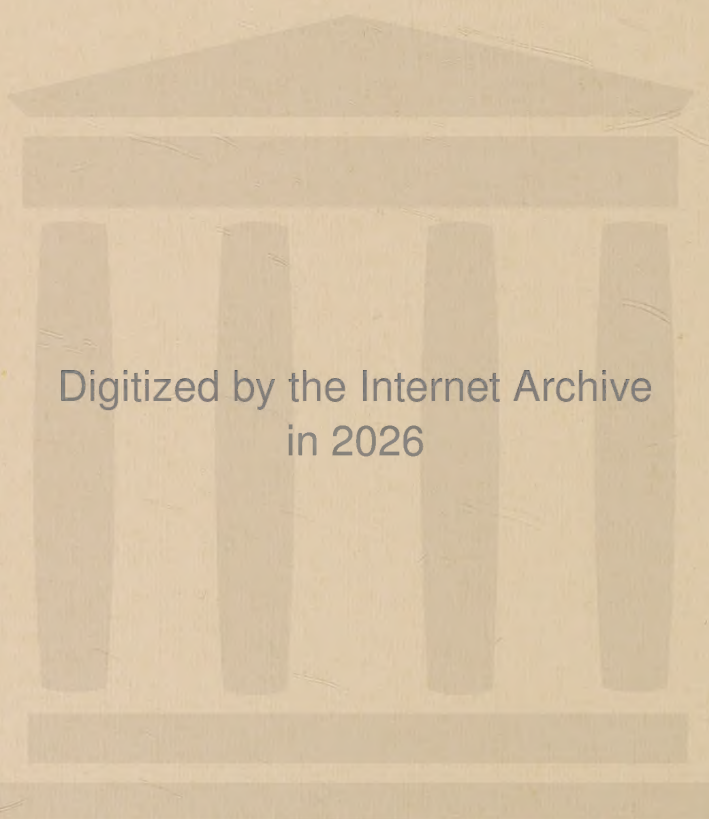


**Sinn und Grenzen des Legalitätsprinzips
im Strafverfahren**

Friedrich Jeutter

1976



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553812_0007

Sinn und Grenzen des Legalitätsprinzips
im Strafverfahren

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Friedrich Jeutter

1976

Referent: Professor Dr. Roxin

Korreferent: Professor Dr. Schüler-Springorum

Tag der mündlichen Prüfung:

16. Dezember 1976



Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. <u>EINLEITUNG</u>	1
2. <u>DIE BEGRIFFE LEGALITÄTSPRINZIP UND OPPORTUNITÄTS- PRINZIP</u>	5
2.1. <u>Der Begriff Legalitätsprinzip</u>	5
2.2. <u>Der Begriff Opportunitätsprinzip</u>	7
3. <u>GRÜNDE DES LEGALITÄTSPRINZIPS</u>	13
3.1. <u>Strafrechtliche (d.h. die Funktion des Straf- rechts betreffenden) Aspekte</u>	13
3.1.1. Legalitätsprinzip als Ausfluß absoluter Strafpflicht?	13
3.1.2. Kriminalpolitische Überlegungen	16
3.1.2.1. Berechtigung generalpräventiver Zwecke	17
3.1.2.2. Wirksamkeit der Generalprävention	21
3.1.2.3. Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Hinblick auf generalpräventive Zielsetzungen	30
3.2. <u>Begründung des Legalitätsprinzips aus der staatsrechtlichen Justizgewährungspflicht</u>	36
3.2.1. Kurzer geschichtlicher Abriß	36
3.2.2. Verfassungsrechtliche Begründung der Justiz- gewährungspflicht	36
3.2.3. Was bedeutet Justizgewährung?	37
3.2.4. Justizgewährungspflicht und Genugtuungs- bedürfnis	38
3.3. <u>Begründung des Legalitätsprinzips aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG</u>	47
3.3.1. Formeller Gehalt des Rechtsstaatsprinzips	47
3.3.2. Materieller Gehalt des Rechtsstaatsprinzips	49
3.3.3. Legalitätsprinzip und Gleichheitssatz	51
3.4. <u>Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit</u>	58

	Seite
4. <u>GRÜNDE DER EINSCHRÄNKUNG DES LEGALITÄTSPRINZIPS</u>	62
4.1. <u>Die im geltenden Recht (StPO) berücksichtigten Gründe</u>	62
4.1.1. Kriminalpolitische Gründe	62
4.1.1.1. bei § 154c StPO	63
4.1.1.2. bei "geringem öffentlichem Interesse" an der Strafverfolgung	74
4.1.1.2.1. bei Privatklagedelikten, §§ 376,374 StPO	74
4.1.1.2.2. bei Fällen mit Auslandsbeziehung	83
4.1.1.2.3. bei sog. Geringfügigkeitsdelikten	88
4.1.2. Materiellrechtliche Gründe der Einschränkung des Legalitätsprinzips bei §§ 153,153a StPO	109
4.1.3. Staatspolitische Gründe der Einschränkung des Legalitätsprinzips - Interessenkollisionen bei §§ 153d, 153c Abs. 2 und 3 StPO	128
4.1.4. Prozeßökonomische Gründe der Einschränkung des Legalitätsprinzips bei §§ 154,154a StPO	138
4.1.5. Sonstige Gründe der Einschränkung des Legalitätsprinzips, §§ 154d, 154e StPO	141
4.2. <u>Einschränkung des Legalitätsprinzips durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit</u>	144
4.2.1. Nachteile für die Gesellschaft der BRD durch das Betreiben der Strafverfolgung	145
4.2.1.1. Staatsschutz und Verhältnismäßigkeit	145
4.2.1.2. Prozeßökonomie und Verhältnismäßigkeit	146
4.2.1.3. Aufhellung der Dunkelziffer und Verhältnismäßigkeit	147
4.2.1.4. Kronzeuge und Verhältnismäßigkeit	147
4.2.2. Nachteile für den Beschuldigten durch das Betreiben der Strafverfolgung	154
4.2.3. Nachteile für das Opfer und andere Personen	155
4.2.3.1. Geringfügigkeit und Verhältnismäßigkeitsprinzip	156
4.2.3.2. Hochgradige Gefährdung eines Dritten und Verhältnismäßigkeitsprinzip	157

	Seite
4.3. <u>Die faktische Einschränkung des Legalitätsprinzips</u>	165
4.3.1. Probleme des Dunkelfelds	166
4.3.2. Selektion bei der Strafverfolgung durch die Strafverfolgungsorgane	169
5. <u>ANFORDERUNGEN AN DIE GESETZLICHE REGELUNG DER AUSNAHMEN VOM STRIKTEN LEGALITÄTSPRINZIP; LÖSUNGEN IM MATERIELLEN RECHT</u>	178
5.1. <u>Regelungstechnik bei den Ausnahmen vom Legalitätsprinzip</u>	178
5.1.1. Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG	178
5.1.2. Der Gleichheitssatz des Art. 3 GG	181
5.2. <u>Legalitätsprinzip und materielles Recht</u>	184
<u>Literaturverzeichnis</u>	187
<u>Abkürzungen</u>	195

1. Einleitung

Seit Inkrafttreten der StPO im Jahre 1877 gilt im deutschen Strafverfahren das Legalitätsprinzip. Dieser in § 152 Abs. 2 StPO normierte Verfolgungszwang ist im Verlauf der Strafprozeßrechtsgeschichte in verschiedenen Bereichen eingeschränkt worden. In neuerer Zeit geschah dies einmal durch das 8. Strafrechtsänderungsgesetz vom 25. 6. 1968, wodurch bei Staatsschutzdelikten das Opportunitätsprinzip eingeführt wurde; zum anderen durch Art. 21 EGStGB¹⁾. Mit der letzten Änderung wurde durch die Einfügung des neuen § 153a StPO die Einstellungsmöglichkeit nach § 153 StPO erheblich erweitert. Seit dem 1. 1. 1975 können Verfahren auch eingestellt werden, wenn bei einem Täter die Schuld nicht gering und das öffentliche Interesse an sich vorhanden ist. Voraussetzung ist, daß der Beschuldigte bestimmte Leistungen erbringt, so z. B. den durch die Tat verursachten Schaden wiedergutmacht. In der Diskussion war auch die Gewährung von Straffreiheit für den Kronzeugen. Die diesbezüglichen Gesetzesvorschläge aus dem Jahr 1975²⁾, die durch die Einführung eines neuen § 153b Abs. 3 StPO eine Auflockerung des Legalitätsprinzips vorsahen, sind freilich inzwischen gescheitert.

Die Auflockerung des Verfolgungszwangs ist gerade auf dem Hintergrund des aus dem Grundgesetz abgeleiteten Rechtsstaatsprinzips frühzeitig kritisiert worden³⁾. So wurde die Ansicht vertreten, daß mit

1) EGStGB vom 2.3.1974, BGBl I/Nr.22, S.508f

2) Entwürfe des Landes Nordrhein-Westf., BT-Dr 7/3734; der Bundesregierung, BT-Dr 7/4005; der Fraktionen der SPD und FDP, BT-Dr 7/3729

3) z.B. Wagner ZStW 75 (1963) S.403ff; Woessner NJW 1967 S. 758; Willms, Staatsschutz im Geiste der Verfassung, 1962 S.16

"jeder Durchbrechung des Legalitätsprinzips Rechts-
sicherheit und Gerechtigkeit Schaden nehmen" 4)
würden, oder - noch stärker - ,daß "eine nicht
erhobene Anklage als Schaden an der Gerechtigkeit
vielfach unwiederbringlich" 5) sei. Die neueste
Stellungnahme in dieser Richtung stammt von dem
ehemaligen Bundesanwalt Wagner mit dem Resümee:
"So liegen heute durch die Aushöhlung des Legali-
tätsprinzips ... dunkle Schatten auf der Staats-
anwaltschaft" 6).

Es besteht weitgehend Einigkeit, daß lediglich das
Legalitätsprinzip den Anforderungen des Rechts-
staates gerecht werden könne, daß das Opportuni-
tätsprinzip dagegen sich nur als Ausnahmeregelung
erweisen könne. Dementsprechend wird nicht eine
etwaige verfassungsrechtliche oder kriminalpoliti-
sche Notwendigkeit einer Einschränkung des Legali-
tätsprinzips erörtert, sondern umgekehrt die Gren-
zen der Einschränkung des Legalitätsprinzips 7).

Die Autoren, die diesen allgemeinen Trend nicht
mitmachen, sind selten. Erst in allerletzter Zeit
mehren sich deren Stimmen 8). Serwe fordert ein
"sichtbares Abrücken vom Grundsatz des Verfolgungs-
zwangs" 9), um die hohen Dunkelziffern bei der
Schwerkriminalität abzubauen. Er ist nicht der
Ansicht, daß das praktizierte Legalitätsprinzip
Rechtsstaatlichkeit garantiert. Zipf, der von

4) Woesner aaO 76, S.218

5) Brüggemann, Die rechtsprechende Gewalt, 1962, zit. bei
Wagner aaO, S. 409

6) Wagner JZ 1974 S.218

7) Bezeichnend der Titel des Aufsatzes von Faller in Fest-
gabe für Theodor Maunz, 1971 S.69: Verfassungsrechtliche
Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozeß.

8) Vgl. Serwe, Kriminalistik 1970 S.377ff; Zipf, Kriminal-
politische Überlegungen zum Legalitätsprinzip, in Fest-
schrift für Peters, 1974 S.487ff; Jung, Straffreiheit
für den Kronzeugen?, 1974; kritisch zur terminologischen
Unterscheidung zwischen Legalitätsprinzip und Opportuni-
tätsprinzip F.C.Schroeder, Legalitätsprinzip und Oppor-
tunitätsprinzip heute, in Festschrift für Peters 1974 S.411ff

9) Serwe aaO, S.379

einem ähnlichen Ansatz wie Serwe ausgeht, spricht sich für eine Einschränkung des Strafverfolgungszwangs aus, freilich nicht zugunsten eines Opportunitätsprinzips, d.h. eines Entschließungsrisikos. Er fordert vielmehr eine Festlegung der Einschränkungen nach objektiven, transparenten Kriterien durch unbestimmte Rechtsbegriffe ¹⁰⁾. Diese Kriterien sind hiernach vorwiegend aus kriminalpolitischen, aber auch aus verfassungsrechtlichen Erkenntnissen zu gewinnen. ¹¹⁾

Gerade ein strenges Legalitätsprinzip und dessen Anwendung könnten kriminalpolitischen Notwendigkeiten und verfassungsrechtlichen Geboten zuwiderlaufen. Dies soll beispielhaft angedeutet werden:

(1) Jede Strafverfolgung bewirkt Abschreckung potentieller Normbrecher. Allerdings wird diese Wirkung abgenutzt, wenn bekannt wird, daß eine bestimmte Norm häufig übertreten wird. Das strafbare Verhalten muß Ausnahmecharakter haben. Wird es zur Regel, geht die sozialetische Mißbilligung verloren ¹²⁾. Eine lückenlose Verfolgung bestimmter Normüberschreitungen, so wie es ein strenges Legalitätsprinzip fordert, könnte danach gerade kriminalpolitischen Zielsetzungen widersprechen.

(2) Nach dem Attentat einiger arabischer Guerillas auf israelische Sportler während der Olympischen Spiele in München wurde ein Teil der Araber inhaftiert. Diese wurden wieder freigelassen, nachdem Freunde von ihnen ein Flugzeug mit deutschen Passagieren in ihre Gewalt gebracht hatten und mit der

10) Zipf aaO S.500f; ähnlich Jung aaO S.60ff

11) Der Aufsatz von Baumann ZRP 1972 S.273ff läßt sich trotz des bedeutungsvollen Titels "Grabgesang für das Legalitätsprinzip" nicht in diese Reihe einordnen. Baumann spricht sich hierin lediglich für die materiellrechtliche Lösung der Bagatellkriminalität und gegen die prozeßrechtliche Regelung in §§ 153,153a,153b StPO aus.

12) vgl. Zipf aaO S.497; Kaiser, Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970 S.10

Sprengung der Maschine drohten, falls die Araber nicht aus der Haft entlassen würden. Dies bedeutete auch - zumindest in der Tat - ein Absehen von Strafverfolgung, ohne daß hierfür eine klare gesetzliche Grundlage vorhanden war.

War diese Maßnahme gleichwohl nicht doch gerechtfertigt aus § 34 StGB oder sogar geboten aus Art. 2 Abs. 2 und Art. 1 Abs. 3 GG, wonach "das Recht auf Leben" die "vollziehende Gewalt bindet"?

(3) Eine Ausnahme vom Legalitätsprinzip macht das Gesetz bei den sogenannten Bagatelldelikten, §§ 153, 153a, 153b StPO. Neuerdings wird die Legitimation dieser Regelung begründet mit dem Hinweis auf den allgemein-rechtstaatlichen Grundsatz des Übermaßverbots¹³⁾.

Fraglich ist aber - und diese Frage ist bisher nicht gestellt worden -, ob nicht der Grundsatz des Übermaßverbots gerade in den Grenzbereichen kriminellen Unrechts den Gesetzgeber zum Opportunitätsprinzip oder zur Einschränkung des Legalitätsprinzips mittels unbestimmter Rechtsbegriffe verpflichtet.

Die aufgeführten Konfliktsituationen zeigen, daß Normierung und Vollziehung eines strengen Legalitätsprinzips grundgesetzwidrig sein können. Dies soll ein Gegenstand der Untersuchung sein.

Daneben - darauf liegt das Hauptgewicht der Arbeit - sind strafrechts-funktionale Gesichtspunkte und sonstige Gründe der Zweckmäßigkeit zur Überprüfung von Qualität und Legitimität des Verfolgungszwangs zu berücksichtigen.

13) Faller aaO S. 80

2. Die Begriffe Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip

2.1. Der Begriff Legalitätsprinzip

Allgemein wird im öffentlichen Recht das Legalitätsprinzip verstanden als rechtlicher Zwang in dem Sinne, daß "bei Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts ein bestimmtes Handeln der Verwaltung die zwangsläufige Folge ist" ¹⁾. Sind nach der Erkenntnis der zur Entscheidung berufenen Behörde bestimmte Tatbestandsmerkmale erfüllt, d.h. steht ein bestimmter Sachverhalt fest, schreibt die Norm die Rechtsfolge zwingend vor. Die Legalität ist danach gekennzeichnet durch die Automatik der Entscheidung ²⁾.

Für den Bereich der Strafverfolgung ist das Legalitätsprinzip grundlegend in § 152 Abs. 2 StPO beschrieben. Nach dieser Vorschrift ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, soweit nicht vom Gesetz Ausnahmen vorgesehen sind, "wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen". Diese "zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte", der "Anfangsverdacht" ³⁾ ist der bestimmte Sachverhalt, nach dessen Feststellung das Legalitätsprinzip zu wirken beginnt. Die Staatsanwaltschaft hat "einzuschreiten".

Diese Pflicht bedarf der Konkretisierung. Gemäß § 170 Abs.1 StPO hat die Staatsanwaltschaft Anklage zu erheben, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht, wenn der Anfangsverdacht sozusagen bestätigt wird. Wegen dieses Gebots aus § 170 Abs.1

1) F. Mayer, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, 1963 S.11

2) F. Mayer aaO

3) Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 32.Auf1.1975 § 152 Anm 2 B

StPO wird das Legalitätsprinzip teilweise definiert als "Anklagezwang" ⁴⁾.

Dieser Begriff ist deswegen zu eng, weil er andere, das Legalitätsprinzip konkretisierende Pflichten nicht umfaßt. Gerade aus § 170 Abs. 1 StPO, wo von "Ermittlungen" die Rede ist, ergibt sich, daß "Einschreiten" iSd § 152 Abs. 2 StPO nicht nur heißt, Anklage zu erheben, sondern auch tatsächliche Ermittlungen darüber anzustellen, ob ein genügender Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage gegeben ist ⁵⁾. Die Staatsanwaltschaft hat ferner gemäß § 160 Abs. 1 StPO die Pflicht, "den Sachverhalt zu erforschen" und "für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist". (Gleichermaßen ist die Polizei gemäß § 163 StPO im ersten Zugriff gehalten, Straftaten zu erforschen und die Verdunkelung der Sache zu verhüten.) Auch diese Pflichten werden von der Pflicht "einzuschreiten" in § 152 Abs. 2 StPO umfaßt, sind Konkretisierungen des Legalitätsprinzips. Die StPO stellt in diesem Rahmen noch weitere einzelne von der Staatsanwaltschaft zu beachtende Gebote auf. Hinzuweisen ist etwa darauf, daß die Staatsanwaltschaft Beweismittel zu beschlagnahmen hat (§§ 94ff, 98 StPO), daß sie in bestimmten Fällen darauf hinzuwirken hat, daß ein Beschuldigter in Untersuchungshaft genommen wird (§ 112 StPO) ⁶⁾.

Der Begriff Legalitätsprinzip ist nach all dem nicht gleichzusetzen mit einem "Anklagezwang". Die Definition des Legalitätsprinzips ist vielmehr einerseits zu erweitern und andererseits hinsichtlich der Anklageerhebung zu modifizieren.

4) Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976 S. 59

5) F.C. Schroeder, Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip heute, in Festschrift für Peters 1974 S. 413

6) vgl. näher Schroeder aaO S. 413f

Allgemein bedeutet das Legalitätsprinzip nach den obigen Darlegungen, daß die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, wegen aller gerichtlich strafbaren Handlungen die Strafverfolgung einzuleiten, sie in gehörigem Maße (vgl. § 160 StPO) zu betreiben und gegebenenfalls - wenn genügende tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden sind - bis zu einem gerichtlichen Abschluß zu bringen. Besser als Anklagezwang paßt daher die Bezeichnung "Verfolgungszwang" oder "Verfolgungspflicht" ⁷⁾.

2.2. Der Begriff Opportunitätsprinzip

Dem Legalitätsprinzip wird gemeinhin als Kontrastbegriff das Opportunitätsprinzip gegenübergestellt ⁸⁾. Opportunität bedeutet dem schlichten Wortsinn nach Zweckmäßigkeit ⁹⁾. Allgemein im Bereich des öffentlichen Rechts wird daher das Opportunitätsprinzip begriffen als ein Grundsatz des Verwaltungshandelns, der besagt, daß die Verwaltungsbehörden "eine mehr oder weniger große Freiheit des Eingreifens, des Handelns und Gestaltens nach ihren Zweckmäßigkeitsüberlegungen besitzen" ¹⁰⁾. Insofern steht es im erklärten Gegensatz zum Legalitätsprinzip, als dieses durch die Automatik der Entscheidung gekennzeichnet ist.

Diese Gegensätzlichkeit hat im Bereich des Strafverfahrensrechts dazu geführt, daß sämtliche Aus-

7) F.C.Schroeder aaO S.414; Schroeder will wohl nur den Begriff der "Verfolgungspflicht" verwenden. Er soll die Gefahr der Fehlvorstellung vermindern, die bei der Verwendung des Begriffs Verfolgungszwang entsteht, nämlich, daß bei seinem Nichtvorliegen eine Verfolgungsfreiheit bestehe. Ob diese Gefahr überhaupt besteht, mag bezweifelt werden. Vgl. Jung, Straffreiheit für den

8) Kropitz aaO 1874 S.60
F. Mayer aaO S. 10

9) abgeleitet vom italienischen Wort opportunità

10) F. Mayer aaO S.9

nahmen von der unbedingten Verfolgungspflicht dem Opportunitätsprinzip zugeordnet werden ¹¹⁾. Dabei wird nicht mehr inhaltlich gewertet, was nun das Opportunitätsprinzip überhaupt heißt, sondern lediglich auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis abgestellt.

Abgesehen davon, daß die Gegensatzbildung - hier Legalität, dort Opportunität - von jeher problematisch war ¹²⁾, erscheint es fragwürdig, alle Fälle der §§ 153-154e, 376 StPO dem Opportunitätsprinzip zuzurechnen, da dort zum Teil die Nichtverfolgung von konkreten Beurteilungskriterien abhängig gemacht wird ¹³⁾. Aus diesem Grunde wird die Gegensatzbildung Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip gerade in letzter Zeit stark angegriffen. Das bisher im juristischen Sprachgebrauch übliche Begriffspaar soll im Bereich des Strafverfahrensrechts nicht mehr verwendet werden ¹⁴⁾. Um dazu Stellung nehmen zu können, müssen Begriff und Anwendung des Opportunitätsprinzips weiter aufgehellt werden.

Geltung von Opportunität heißt Freigabe von Zweckmäßigkeitserwägungen ¹⁵⁾. Daher ist für die Definition des Opportunitätsprinzips in sinnvoller Weise allein darauf abzustellen, ob die Staatsanwaltschaft eine Ermessensbefugnis bei ihrer Entscheidung darüber hat, ob sie die Strafverfolgung

-
- 11) Kleinknecht aaO § 152 Anm 3, der freilich dann doch genauer unterscheidet; vgl. Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968 S.69; F.C.Schroeder aaO S. 411
 - 12) Das Wort Opportunität hat wohl zu Unrecht von vornherein einen negativen Beiklang; vgl. v.Groß, 2. Dt. Juristentag 1861, Verh. Bd. I S.142: "Legalität, nicht Opportunität!"; vgl. F.C.Schroeder aaO S.412; Jung aaO
 - 13) etwa die "geringe Schuld" in § 153 StPO; vgl. Kleinknecht aaO § 152 Anm 3
 - 14) F.C.Schroeder aaO S.425; Jung aaO; schon früher Henkel aaO; Kohlhaas GA 1956, S.242f
 - 15) F. Mayer aaO S. 9

betreiben will oder nicht ¹⁶⁾. Das heißt, es muß ihr ein Wahlrecht zwischen allen vom Recht gegebenen Möglichkeiten eingeräumt sein ¹⁷⁾. Dies kann einmal dadurch geschehen, daß sie allein durch die Ausgestaltung einer Bestimmung als Kann-Vorschrift (etwa § 153c Abs. 1 Ziff. 1 und 2) in die Lage versetzt wird, nach ihrem Gutdünken und ihren Zielvorstellungen zu entscheiden. Eine Auswahlbefugnis kann der Staatsanwaltschaft aber auch dadurch eingeräumt sein, daß bestimmte Begriffe auf der Tatbestandsseite, die keine Rechtsbegriffe sind ¹⁸⁾, den Freiraum für die Betätigung des Handlungsermessens eröffnen. Beide Male kommt es auf die eigene schöpferische Initiative des Sachbearbeiters an. Er kann auswählen.

Die Freigabe von Zweckmäßigkeitserwägungen durch die Einräumung von Ermessen bedeutet nun aber nicht, daß jegliche Erwägungen bei der Praktizierung eines Entschließungsermessens legitim wären. Sie müssen vielmehr sachgerecht sein. Das Ermessen muß pflichtgemäß ausgeübt werden ¹⁹⁾. Opportunität heißt, schon wegen des Gleichheitsgebots des Art. 3 GG, nicht die Einräumung völlig ungebundener Willkür. Das Opportunitätsprinzip ist auch früher nicht so verstanden worden ²⁰⁾.

Sachgerechte Anknüpfungspunkte für die Ausübung eines pflichtgemäßen Ermessens sind zuallererst auf Aufgabe und Zweck des Strafrechts bezogene Gesichtspunkte. Um die soziale Ordnung aufrecht-

-
- 16) Vogel, Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und seine prozessuale Bedeutung, Diss. München 1966 S.99; Zipf, Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip, in Festschrift für Peters, 1974 S.501
- 17) Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966 S. 217; vgl. Lamm, zit. bei Engisch, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl. 1971 S. 114
- 18) nach Krümpelmann aaO S.219 z.B. das öffentliche Interesse in § 376 StPO; dazu näher unten
- 19) F.C.Schroeder aaO S.416; Jung aaO S.58; F. Mayer aaO S. 10; Obermayer BayVB1 1975 S. 262
- 20) Vgl. Glaser, Handbuch des Strafprozesses, I. Band 1883, S. 220; Hertz, Die Geschichte des Legalitätsprinzips, Diss. Leipzig 1935, S. 1

zuerhalten, die Bestands- und Funktionsfähigkeit der Rechtsgemeinschaft zu gewährleisten ²¹⁾, muß bei der Verbrechensbekämpfung zweckmäßig vorgegangen werden. Daher gehören gerade kriminalpolitische Gründe zu den "opportunen" Überlegungen. Deswegen ist es nicht richtig, das Wesen des Opportunitätsprinzips dadurch zu kennzeichnen, daß unter seiner Geltung die Staatsanwaltschaft die Befugnis hat, aus nichtstrafrechtlichen Zweckmäßigkeitserwägungen von der Strafverfolgung Abstand zu nehmen ²²⁾. Vielmehr können gerade strafrechtliche Gesichtspunkte, etwa weil eine Strafverfolgung bestimmten strafrechtlichen Zielsetzungen zuwiderläuft oder mit der Strafverfolgung gar keine Strafzwecke verfolgt werden können, im Rahmen eines pflichtgemäß auszuübenden Ermessens den Ausschlag für eine Einstellung geben. Daneben gibt es freilich auch andere sachliche Anknüpfungspunkte, wie Belange des Staatswohls, fiskalische Interessen, ²³⁾ die unter der Geltung des Opportunitätsprinzips berücksichtigt werden können. Immer jedoch setzt das Willkürverbot des Art. 3 GG eine Grenze für Berücksichtigung jedweder Interessen. Die Handhabung des Ermessens muß hier und heute sachgerecht, plausibel sein ²⁴⁾. Deswegen würde auch das Opportunitätsprinzip das Absehen von Strafverfolgung nicht decken, wenn die Einstellung z.B. mit Rücksicht auf "unentbehrliche Beamte" ²⁵⁾ oder auf einen bestimmten Angeklagten in hoher Stellung ²⁶⁾ verfügt wird.

21) Zipf, Kriminalpolitik, 1973 S.29; Roxin JuS 1966 S.382f

22) so Hertz aaO S.1; Mittermaier bei Aschrott, Reform des Strafprozesses, 1906, S. 148

23) vgl. Hertz aaO; Mittermaier aaO; F.C.Schroeder aaO S.417

24) Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971 S.87; Jung aaO S. 61

25) so aber Sundelin GS 14 (1862) S. 369

26) vgl. Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, 13.Aufl. 1975 S.61

Weil auch unter der Geltung des Opportunitätsprinzips sachgerecht und pflichtgemäß entschieden werden muß, ähnelt die Ausübung des (voluntativen) Ermessens freilich dem Denkprozeß, der die Wertung bei der Feststellung von Tatbestandsvoraussetzungen, die durch unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum geprägt sind, charakterisiert ²⁷⁾.

Als Beispiel sei dabei das "öffentliche Interesse" in §§ 153, 376 StPO genannt. Die Rechtsnatur dieses Begriffs ist äußerst umstritten. Teilweise wird er als Ermessensbegriff ²⁸⁾, teilweise als unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum ²⁹⁾

angesehen. Welche Rechtsnatur man dem Begriff des öffentlichen Interesses auch beimißt, jeweils sind die verschiedenen Gesichtspunkte sachgerecht und vertretbar gegeneinander abzuwägen ³⁰⁾.

Aus dieser allgemeinen Parallelität des Denkprozesses folgt nun aber nicht, daß die Ausnahmen vom strikten Legalitätsprinzip, die durch unbestimmte Rechtsbegriffe gekennzeichnet sind, dem Opportunitätsprinzip zugeordnet werden müssen ³¹⁾. Denn das

27) Obermayer BayVB1 1975 S. 262

28) Krümpelmann aaO S. 219; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung Teil I, 2. Aufl. 1964 Rdn 396; Peters, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966 S.502; Kunert in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung 2.Bd, 1973 § 376 Anm 2; bis zur 28. Aufl. 1969 Kleinknecht, Strafprozeßordnung, § 376 Anm 1

29) F.C. Schroeder aaO S.416; Vogel aaO S.165; Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962 S.96; Kleinknecht, StPO, 32.Aufl. 1975 § 152 Anm 3

30) Obermayer aaO; Jung aaO S.58; Rupp, Grundlagen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965 S.207; Vogel aaO S.68

31) so aber wohl F.C. Schroeder aaO S.416: "Der Begriff des öffentlichen Interesses in den §§ 153, 376 StPO ... ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der nur einen Beurteilungsspielraum einräumt. Auch hier handelt es sich jedoch nicht um ein Abgehen vom Opportunitätsprinzip". Kleinknecht, StPO, 32.Aufl. 1975 § 152 Anm 3, ordnet eine derartige Begrenzung des strikten Legalitätsprinzips einem "Opp.-Prinzip" im engeren Sinne zu, bemerkt aber, daß "es sich nicht um Ermessensentscheidungen im Sinne eines echten Wahlrechts zwischen Verfolgung oder Nichtverfolgung, sondern um Rechtsanwendung" handelt.

Opportunitätsprinzip ist eben durch die Ermessens-
entscheidung gekennzeichnet ³²⁾ Je nachdem also,
ob die Einschränkung des Legalitätsprinzips durch
einen Ermessensbegriff oder durch einen unbestimm-
ten Rechtsbegriff erfolgt, handelt es sich um die
Freigabe von Opportunität oder um eine bloße Be-
grenzung des Legalitätsprinzips ³³⁾, die mit dem
Opportunitätsprinzip nichts zu tun hat. Die Schwier-
igkeit in der Handhabung der beiden Begriffe Le-
galitätsprinzip und Opportunitätsprinzip liegt
demnach nur darin, zu bestimmen, wann eine Tatbe-
standsvoraussetzung in den §§ 153ff StPO die
Merkmale eines unbestimmten Rechtsbegriffs oder
nur die eines Ermessensbegriffs erfüllt. Dies
kann freilich nur von Fall zu Fall, je nach Sinn
und Zweck der Norm, entschieden werden ³⁴⁾, wobei
ein Kriterium auch der Grad der Bestimmtheit der
Norm sein kann ³⁵⁾.
Diese Schwierigkeit der Unterscheidung führt je-
doch nicht notwendigerweise dazu, das Begriffs-
paar Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip
fallen zu lassen ³⁶⁾. Vielmehr können beide Be-
griffe dort vernünftigerweise und sprachlich grif-
fig verwendet werden, wo sie die Sachlage eindeu-
tig kennzeichnen, das Opportunitätsprinzip spezi-
ell dort, wo es sich um die Freigabe einer reinen
Ermessensentscheidung handelt ³⁷⁾:

32) oben S. 8f; Vogel aaO S. 99; Zipf aaO S. 501

33) Zipf aaO: "immanente Begrenzung"

34) Vogel aaO S. 62

35) Jung aaO S. 58; F.C. Schroeder aaO S. 412

36) dafür Jung aaO S. 60; Schroeder aaO S. 425

37) vgl. die Sprachregelung bei Zipf aaO S. 501

3. Gründe des Legalitätsprinzips

3.1. Strafrechtliche (d.h. die Funktion des Strafrechts betreffenden) Aspekte

3.1.1. Legalitätsprinzip als Ausfluß absoluter Strafpflicht?

Früher wurde die Ansicht vertreten, daß die Anerkennung des Legalitätsprinzips durch die kategorische Anordnung der materiellen Strafgesetze geboten sei ¹⁾. Weil eben in den Gesetzen des materiellen Strafrechts vorgeschrieben sei, daß derjenige, der ein bestimmtes Delikt begangen habe, so und so bestraft werde, treffe den Staat eine absolute Strafpflicht und damit eine absolute Strafverfolgungspflicht: "Das Strafgesetz ist eine lex perfecta in dem Sinne, daß nicht nur sein Inhalt unabänderlich gegeben ist, sondern auch seine Verwirklichung absolute Rechtspflicht ist." ²⁾ Dementsprechend wird betont, daß "Einführung des Opportunitätsprinzips eine Änderung des materiellen Strafrechts bedeutet" ³⁾.

Diese Auffassung ist mit Recht frühzeitig kritisiert worden: "Das Strafklagerecht ist Recht, nicht Pflicht" ⁴⁾. Primär-Adressat der materiell-strafrechtlichen Norm ist nicht der Staat, sondern der potentielle Gesetzesbrecher ⁵⁾. An die einzelnen Gesellschaftsmitglieder wird die Aufforderung gerichtet, nicht in einer bestimmten Weise zu handeln.

1) v. Kries, Strafprozeßrecht, 1892 S. 262f, 267

2) Heinze GA Nr. 24 (1876), S. 265ff, 274

3) v. Kries aaO S. 267

4) Bennecke-Beling, Strafprozeßrecht, 1900 S. 218

5) vgl. Baumann, Strafrecht, 6. Aufl. 1974 S. 16

Es mag zwar sein, daß Einzelne nicht in der Lage sind, z.B. die Strafbestimmung des Betrugs zu verstehen und deswegen als Adressaten nicht gerade geeignet sind ⁶⁾. Daraus folgt aber nicht notwendig, daß sie nicht Adressaten sind, sondern nur, daß die Sprache des Gesetzes und seine Publikation unbrauchbar sind. Da, wo sie brauchbar sind, d.h. verstehbar sind, d.h. auch wo die Voraussetzungen geschaffen sind, die aus Untertanen mündige Bürger machen, da verstehen sich auch diese Bürger als Adressaten. Dies zeigt besonders deutlich die anhaltende und auch von "Laien" engagiert geführte Diskussion um die Änderung des Abtreibungsparagraphe. Die Staatsorgane sind zwar sekundär Adressat der materiellrechtlichen Norm, aber nur über den "Umweg" des Legalitätsprinzips, um dessen Begründung es hier gerade geht ⁷⁾.

Die Vollzugsbindung der Strafverfolgungsbehörden an die materiellen Gesetze kann daher so ohne weiteres nicht angenommen werden. Vielmehr wird der Satz, daß das Legalitätsprinzip durch die kategorische Anordnung der materiellen Strafgesetze geboten sei, erst auf dem Hintergrund einer weiteren Theorie verständlich: "punitur quia peccatum est". Für die Anhänger der absoluten Straftheorien, die einen besonderen, außerhalb der Strafe selbst liegenden Zweck leugnen ⁸⁾, ist es unumgänglich, - ohne Rücksicht auf kriminalpolitische Interessen - aus dem Gesichtspunkt der gerechten Vergeltung eine absolute Strafpflicht zu fordern ⁹⁾.

6) so Schmidhäuser, Strafrecht, 1975 S. 92

7) vgl. Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959 S. 260

8) vgl. Maurach, Dt. Strafrecht AT, 4. Aufl. 1971 S. 61

9) Birkmeyer, Strafprozeßrecht, 1898, S.69; ders. in GS 1906 S.421: "Insbesondere halten wir auch Ausnahmen vom Legalitätsprinzip nur insoweit für zulässig, als die Aussicht besteht, daß dem Verbrecher ... schon von anderer Seite werde vergolten werden."

Anders ausgedrückt heißt das: den absoluten Theorien entspricht das Legalitätsprinzip, den "Nützlichkeits-theorien" (General- und Spezialprävention) das Opportunitätsprinzip in der Strafverfolgung ¹⁰⁾. Letzteres bedarf freilich noch der Überprüfung.

Die Auffassung, daß das Legalitätsprinzip begründet sei aus der absoluten Strafpflicht des Staates, wurde umso weniger geteilt, je mehr die Vergeltungstheorie an Boden verlor. Bereits im Jahre 1906 äußerte Mittermaier: "Nur der starr orthodoxe Vergeltungsmann, der allen Erfahrungen des Lebens fremd gegenüber steht, kann die Legalität als einen Ausfluß absoluter Strafpflicht ansehen." ¹¹⁾

Eine Auseinandersetzung mit den absoluten Theorien erübrigt sich an dieser Stelle. Niemand sieht die Strafe mehr als ausschließlich zweckgelöste an. Vielmehr ist Strafe nach herrschender Meinung Zweckstrafe ¹²⁾. Mit der Strafverfolgung und Strafverhängung erfüllt der Staat lediglich Ordnungsfunktionen und nicht transzendente Forderungen. Ein Einschreiten gegen Straftaten ist dann nur insoweit erforderlich, als es zur Aufrechterhaltung der staatlichen Ordnung geboten ist ¹³⁾.

Folgerichtig begründet heute niemand mehr das Legalitätsprinzip aus einer absoluten Strafpflicht des Staates ¹⁴⁾.

10) v. Holtzendorff, Rechtslexikon, 1881 S. 953

11) Mittermaier in Aschrott, Reform des Strafprozesses, 1906 S.148; vgl. Glaser, Strafprozeß I. Bd., 1883 S. 218ff

12) Maurach aaO S. 78 mwN. Die Verhängung von Strafe soll nach weitverbreiteter Ansicht und Praxis freilich im Rahmen gerechter Vergeltung geschehen. Diese "Vereinigungstheorie" führt notwendig zur "Spielraumtheorie" bei der Strafzumessung, BGHSt 7, 32, 89.

13) Zipf, Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip, in Festschrift für Peters 1974 S.496; vgl. Schoreit JZ 1974 S. 255

14) vgl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, 2. Aufl. 1964, Rdn 385; Güde MDR 1958 S. 285

3.1.2. Kriminalpolitische Überlegungen

Das Legalitätsprinzip kann im Gesamtkomplex der staatlichen Strafrechtspflege kein Eigenleben führen¹⁵⁾. Die Strafverfolgung muß sich daher in ihrer Ausgestaltung auf kriminalpolitische Zielsetzungen zurückführen lassen. Eine der wichtigsten kriminalpolitischen Zielsetzungen überhaupt ist die Vorstellung, möglichst effizient künftige Normbrüche zu verhindern. Die wichtigste Frage in diesem Zusammenhang ist deshalb, ob der Verfolgungszwang - zunächst im allgemeinen - abschreckend wirkt.

Bei oberflächlicher Betrachtung scheint allein das Legalitätsprinzip die Gewähr dafür zu bieten, möglichst viele Rechtsgenossen von einem strafrechtlich relevanten Tun fernzuhalten. Wo jedes bekanntgewordene strafbare Verhalten verfolgt wird, muß ja die Angst vor Bestrafung steigen. So verstanden wäre der Strafverfolgungszwang ein generalpräventives Instrument.

Aufgabe der materiellen Strafgesetze ist es, mit Hilfe von Strafdrohungen potentielle Täter von einem bestimmten Tun abzuhalten, ganz abgesehen davon, daß die gesetzliche Strafbewehrung wegen des rechtsstaatlichen Grundsatzes "nulla poena sine lege", Art. 103 Abs. 2 GG, verfassungsrechtlich geboten ist¹⁶⁾. Diese Funktion der materiellrechtlichen Strafnormen kann als "Androhungsgeneralprävention" bezeichnet werden¹⁷⁾. Für sich allein genommen scheint eine derartige Generalprävention auf die Dauer bodenlos zu sein. Sie muß realisiert werden, und dies soll nur dadurch geschehen können, daß zumindest ein Großteil der strafbaren Handlungen verfolgt wird¹⁸⁾.

15) Zipf aaO S. 495

16) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Rdn 104 zu Art. 103 GG

17) Baumann aaO S. 16

18) vgl. Eb. Schmidt aaO Rdn 386

Zunächst ist jedoch zu klären, ob generalpräventive Überlegungen in den Bereichen der Strafandrohung im Gesetz und der Strafverfolgung legitim sind, danach, inwieweit Generalprävention überhaupt wirksam ist.

3.1.2.1. Die Berechtigung generalpräventiver Zwecke in der normierten Androhung von Strafe steht außer Zweifel, solange eben die Pönalisierung eines bestimmten Verhaltens selbst gerechtfertigt ist ¹⁹⁾. Woraus sich deren Limitierung ergeben soll, ist nach wie vor umstritten. Roxin sieht die notwendige Einschränkung in einem "Prinzip der subsidiären Rechtsgüter- und Leistungssicherung" und wendet sich, ebenso wie Baumann, gegen die vermeintliche Aufgabe des Strafrechts, ein "sittliches Mindestmaß" durchzusetzen ²⁰⁾. Welzel dagegen erblickt die eigentliche Aufgabe des Strafrechts in einer "positiv-sozialethischen Natur": "Aufgabe des Strafrechts ist der Schutz der elementaren sozial-ethischen Gesinnungs-(Handlungs-)Werte und erst darin eingeschlossen der Schutz der einzelnen Rechtsgüter" ²¹⁾. Dementsprechend soll das verbotene sozialethische Verhalten (und nicht eine Rechtsgutsverletzung) der generelle Unwertgehalt aller Normen sein ²²⁾. Dem ist zweierlei entgegenzuhalten:

(1) Um die Beurteilung der inneren Qualität menschlicher Handlungen hat sich das Strafrecht nicht zu kümmern. Dafür ist das Gewissen da. Dies zeigt insbesondere die Sonderregelung der Versuchsstrafbarkeit. Den sozialen Unwert bezieht der Versuch nur von dem unerwünschten Ergebnis her, auf das er

19) vgl. Roxin JuS 1966 S. 383

20) Roxin aaO S. 382f; Baumann aaO S. 7; andererseits Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Nachdruck 1967 S.42ff: "Ethisches Minimum"

21) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969 S. 3; ebenso Jescheck, Strafrecht, 2. Aufl. 1972 S. 6

22) Welzel ZStW 58 (1939) S. 513 Anm 30

sich zubewegte ²³⁾. Der Handlungsunwert kann nur dann eine Rolle spielen, wenn in Tatbeständen die spezifischen Mittel und Umstände der Tatbegehung im Vordergrund stehen. Auf den Erfolgsunwert im Hinblick auf die Unrechtsbegründung kann deshalb gleichwohl nicht verzichtet werden ²⁴⁾.

(2) Die Aufgabe des Strafrechts und damit die Aufstellung von Strafgesetzen muß notwendig in geeigneter Weise limitiert sein. Es ist zweifelhaft, ob die Formel von "dem wirklich betätigten Abfall von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung" ²⁵⁾ dazu in der Lage ist. Die Gefahr der Ausuferung dessen, was an sittlicher Grundanschauung zu schützen ist, kann nicht übersehen werden. Dagegen bietet der engere Strafrechtsbegriff - nur die Verletzung elementarer Rechtsgüter wird pönalisiert - schärfere Abgrenzungskriterien. Die Unterschiede beider Auffassungen werden deutlich bei einem Vergleich der beiden Strafrechtsreformentwürfe, einerseits dem "Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962", andererseits dem "Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches". Während der E 62 z.B. in seiner Begründung zur Bestrafung der einfachen Homosexualität davon ausgeht, daß "bestimmte Fälle ethisch besonders verwerflichen und nach der allgemeinen Überzeugung schändlichen Verhaltens auch dann mit Strafe zu bedrohen sind, wenn durch die einzelne Tat kein unmittelbar bestimmbares Rechtsgut verletzt wird" ²⁶⁾, findet die Bestrafung der einfachen Homosexualität bereits in der Grundposition

23) Baumann aaO S. 19

24) Würtenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2. Aufl. 1959 S.48ff, bes. S.50f

25) Welzel, Strafrecht, S. 3

26) Entwurf eines Strafgesetzbuches, 1962, Amtliche Begründung S. 376

des Alternativ-Entwurfs keine Stütze ²⁷⁾. Danach fordert die Freiheitlichkeit der Rechtsordnung die Einschränkung auf den Schutz elementarer Rechtsgüter und die diesbezügliche Anerkennung der fragmentarischen Natur des Strafrechts ²⁸⁾.

Diese Auffassung hat teilweise in die verschiedenen Strafrechtsreformgesetze Eingang gefunden. So wurden z.B. durch das Erste Strafrechtsreformgesetz vom 25. 6. 1969 die Tatbestände des Ehebruchs, der Erschleichung außerehelichen Beischlafs, der Sodomie, des homosexuellen Verhaltens unter erwachsenen Männern abgeschafft. Das Strafgesetzbuch in der heutigen Fassung verwirklicht vorwiegend elementaren Rechtsgüterschutz. Dem engeren Strafrechtsbegriff ist weitgehend Rechnung getragen. Von diesem Sachverhalt ausgehend sind heute ganz allgemein generalpräventive Zwecke in der normierten Androhung von Strafe berechtigt.

Die Strafverfolgung ist Teil der Realisierung der Androhungsgeneralprävention. Von daher ist es selbstverständlich, daß generalpräventive Gründe für das Wann und Wie der Strafverfolgung legitim sind, solange eben die Androhungsprävention berechtigt ist. Die Strafverfolgung ist jedoch auch eine Vorstufe zu der Verhängung von Strafe. Strafandrohung, Strafverhängung und Strafvollzug sind herkömmlicherweise die Stationen, in denen Generalprävention wirksam werden kann ²⁹⁾. Die Straf-

27) vgl. Baumann, in Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1968 S. 21

28) Arthur Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, in Festschrift für Maurach 1972 S. 331,334; vgl. Begründung zu § 2 Alternativentwurf nach Schultz JZ 1966 S.114: Strafe zu verhängen ist die "bittere Notwendigkeit in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen, wie sie Menschen nun einmal sind".

29) Maurach aaO S. 62f; Roxin aaO S. 381

verfolgung - hier verstanden als Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und Anklageerhebung - ist in diesem Schema nicht genannt. Bei der Frage, welcher Station die Strafverfolgung am ehesten zugerechnet wird, ist eines bedeutsam: Die Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft zielt geradezu auf die Verhängung von Strafe. Die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft ist insofern für die Strafverhängung "mitverantwortlich". Das heißt, Strafverfolgung und Strafverhängung stehen in einem unlösbaren Zusammenhang, was die Frage des "Ob" des Strafens anbelangt. An einem wichtigen Abschnitt der Station der Strafverhängung nimmt die staatsanwaltschaftliche Strafverfolgung allerdings nicht teil: des "Wie" des Strafens, der Strafzumessung. Dies ist allein Sache des Richters.

Daraus ist für die Frage, ob generalpräventive Zwecke bei der Strafverfolgung berücksichtigt werden dürfen, zu entnehmen: Der Streit um die Berechtigung generalpräventiver Zwecke bei der Strafzumessung steht hier nicht zur Diskussion ³⁰⁾. Entscheidend ist allein, ob überhaupt, aus Gründen der Generalprävention bestraft werden darf, ohne daß dabei die Generalprävention als Kriterium für die Berechnung des Strafmaßes berücksichtigt zu werden braucht ³¹⁾. Auch hier liegt es nahe, die Tatsache, daß bestraft wird, wiederum als Ausdruck der Realität der Strafandrohung im Gesetz anzuerkennen ³²⁾. Die Anerkennung der Berechtigung

30) siehe dazu einerseits Bruns, Strafzumessungsrecht, 1967 S. 305ff, besonders S. 322ff mwN; andererseits BGHSt in NJW 1956 S. 920

31) Mißverständlich die Annahme Bruns aaO S. 326, daß sich z.B. Baumann, Roxin, Eb. Schmidt "gegen die Generalprävention als Zweck und Zumessungsgrund ausgesprochen haben". Nur letzteres stimmt; vgl. Roxin aaO S. 383; Baumann, Strafrecht, 1974 S. 16f; vgl. auch Schmidhäuser aaO S. 52f

32) vgl. Feuerbach-Mittermaier, Lehrbuch, 1847 S. 39, § 16

der Androhungsprävention allein - ohne reale Konsequenzen - ist absurd. Ist einmal die Legitimation der Androhungsprävention festgestellt, kann sich - wenn man diese Feststellung ernstnimmt - für die Realisierung der gesetzlichen Drohung nichts anderes ergeben. Dies gilt für die Strafverfolgung ohne Rücksicht darauf, ob dieser Abschnitt der Strafrechtspflege hinsichtlich ihrer generalpräventiven Wirkung mehr der gesetzlichen Strafdrohung oder der richterlichen Tätigkeit der Strafverhängung zugerechnet wird.

3.1.2.2. Die Wirksamkeit der Generalprävention durch die Androhung von Strafen wurde vor allem von Feuerbach herausgestellt. In seiner "psychologischen Zwangstheorie" geht er davon aus, daß bereits durch die Strafandrohung der "sinnliche Reiz zu Verbrechen bei Jedem aufgehoben wird" ³³⁾. Diese These findet heute kaum noch Anhänger. Gerade die tatsächlich begangenen Verbrechen beweisen, daß die von Feuerbach beschworene Wirkung nicht eintrat ³⁴⁾. Das bedeutet jedoch noch nicht, daß die Generalprävention jeglicher Wirksamkeit entbehre, sonder nur, daß die Reduktion des Begriffes Generalprävention auf eine Androhungsprävention in etwa dieses Ergebnis aufweist. Dies zeigt sich deutlich bei Bockelmann: "Ihr (der Generalprävention) Problem liegt erst in der Frage, ob es möglich ist, durch Verschärfung der Strafdrohungen die Kriminalität unter dasjenige Maß herunterzudrücken, das sonst als "normal" gelten muß, und sie schließlich ganz auszurotten" ³⁵⁾. Diese begriffliche Verengung wird heute zum großen Teil

33) Feuerbach aaO S. 33

34) Roxin aaO S. 380; Seelig-Bellavic, Kriminologie, 1963 S. 391; Bockelmann JZ 1951 S. 495

35) Bockelmann aaO S. 495

abgelehnt ³⁶⁾. Sie nimmt wichtige Bereiche, in denen verbrechensprophylaktische Kräfte wirksam werden, aus. Dies gilt einmal dort, wo auf die Nichtbefolgung von Strafgesetzen hin zwangsweise die gesellschaftliche Stellung des Betroffenen ins Wanken gerät. Das Bewußtsein über diesen Vorgang ist oftmals wirksamer als die Strafdrohung an sich ³⁷⁾.

Ferner: Generalprävention, nicht nur verstanden als Abschreckung, leistet auch dadurch Verbrechensvorbeugung, daß der Gedanke der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung in das Bewußtsein der Allgemeinheit Zugang findet. Dieses Bewußtsein kann sich freilich nicht ausbreiten, wenn z.B. ein Bankraub einmal keine Konsequenzen nach sich ziehen würde. Dann "könnte jeder künftige Räuber zu seinen Gunsten geltend machen, daß auch er mindestens eine Tat dieser Art umsonst haben müsse; damit wäre die Rechtsordnung weithin außer Kraft gesetzt" ³⁸⁾. Dagegen sieht z.B. Welzel die Bildung eines derartigen Bewußtseins nicht als Wirkung der Generalprävention an, sondern als Wirkung der gerechten Vergeltung ³⁹⁾. Gleichzeitig wird jedoch betont, daß dies um der begrifflichen Klarheit willen geschieht ⁴⁰⁾. Das heißt, daß auch nach dieser Position - "um der begrifflichen Klarheit willen" - die Zuordnung der "Bewahrung der Rechtsordnung" zur Generalprävention zulässig ist, solange eben diese Zuordnung zum Zwecke der Verständigung sinnvoll ist. Sinnvoll ist diese Zuordnung deswegen, weil es hier letzten Endes allein um die

36) Kaiser, Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970 S. 361ff, S. 363 mwN

37) Seelig-Bellavic aaO S. 391

38) Roxin aaO S. 383; in gleicher Richtung Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, 1963 S. 51

39) Welzel aaO S. 241f; siehe auch Bockelmann aaO S. 495

40) Welzel aaO S. 242

Frage geht, ob durch das Legalitätsprinzip die Wirksamkeit des Strafrechts gewährleistet oder gesteigert wird ⁴¹⁾. Die Frage nach den Wirkungen ist also eine zweckhafte Überlegung. Ein Prinzip wie das der gerechten Vergeltung, das einen außerhalb der Strafe selbst liegenden Zweck leugnet ⁴²⁾, braucht und hat sich konsequenterweise nicht um die Wirkungen von Strafe zu kümmern. Gerade dies macht ja den Unterschied zu kriminalpolitischen Ansätzen aus. Sinnvollerweise gehört daher die Wahrung der Rechtsordnung im Bewußtsein der Allgemeinheit als Wirkung von Strafe zur (zweckhaften) Generalprävention.

Abgesehen davon spart die Bockelmannsche Reduktion des Begriffes Generalprävention den Bereich der Strafverfolgung aus. Gerade aber das Funkzionieren des Strafverfolgungsapparates gewährleistet nach einhelliger Meinung am ehesten eine Verminderung der Kriminalität. Von der Strafverfolgung sind also in erster Linie vorbeugende Wirkungen zu erwarten ⁴³⁾. Die Wirkung der Strafdrohung sei "nicht von Art und Größe des angedrohten Strafübels abhängig, sondern auch von der Wahrscheinlichkeit, daß es den Täter tatsächlich trifft" ⁴⁴⁾. Jedenfalls bedarf die Strafrechtspflege zu ihrer Wirksamkeit einer bestimmten Verfolgungs- und Sanktionierungsrate. "Sonst ist sie unwirksam, und die Bestrafung wird allenfalls als Zufall empfunden" ⁴⁵⁾. Allerdings Überlegungen sind generalpräventiver Natur ⁴⁶⁾.

41) vgl. Kaiser aaO S. 363f

42) siehe oben S. 14

43) Peters in Festschrift für Wilhelm Sauer 1949 S. 22; Baumann in Programm für ein neues StGB 1968 S. 129

44) Seelig-Bellavic aaO S. 391

45) Zipf aaO S. 496

46) Mißverständlich Mergen, Kriminologie, 1967 S. 220, der die Steigerung der Verfolgungsintensität als "Repression" bezeichnet und sie in Gegensatz zur "Prävention" stellt. Eine derartige Repression kann ja gerade präventiv wirken.

Die beschriebene generalpräventive Wirkung ist bei bestimmten Delikts- und Tätergruppen unterschiedlich.

So dürfte die Existenz der Strafnorm und die zu erwartende Strafverfolgung eine verhältnismäßig große Rolle spielen bei minderschwerer Kriminalität. Hierher gehören z.B. Verkehrsdelikte, soweit sie nicht als Ordnungswidrigkeiten verfolgt werden⁴⁷⁾. (Das Ordnungswidrigkeitenrecht ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung.) Gerade der Straßenverkehr ist der Hauptbereich, in dem strafrechtliche Eingriffe generalpräventive Wirkungen entwickeln⁴⁸⁾. Dies gilt nicht nur für eine bestimmte Tätergruppe im Sinne kriminologischer Typologien. Jeder Verkehrsteilnehmer ist ein potentieller Krimineller. Er befindet sich während seiner Teilnahme am motorisierten Verkehr fast ständig in einer potentiellen Deliktsituation⁴⁹⁾. So gesehen läßt sich typologisch, freilich ohne daß dabei für die positive Bestimmung dieses Tätertyps etwas gewonnen wäre, sagen, daß Hauptzielgruppe generalpräventiver Überlegungen - im Bereich des Verkehrsstrafrechts - der Gelegenheitstäter ist⁵⁰⁾

Dies dürfte ganz allgemein für den Bereich der "kleinen" Kriminalität gelten, z.B. Beförderungsererschleichung, § 265a StGB, Kaufhausdiebstahl⁵¹⁾. Mit Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts am 1. 1. 1975, wodurch die früheren Übertretungen nach dem 29. Abschnitt des StGB idF der Bekanntmachung v. 1. 9. 1969 zum größten Teil

47) Durch die Neugestaltung des Ordnungswidrigkeitenrechts im Jahre 1968 wurde das Verkehrsstrafrecht durch Umwandlung der bisherigen Übertretungen in Ordnungswidrigkeiten eingeschränkt.

48) Kaiser aaO S. 360

49) Göppinger NJW 1959 S. 2281; ders., Kriminologie, 1971 S. 397

50) vgl. Göppinger, Kriminologie, 1971 S. 224

51) van Bemmelen MschrKrim 50 (1967) S. 100, 103; Kaiser aaO S. 359f

in Ordnungswidrigkeiten umgewandelt wurden, ist das Problem der Bagatellkriminalität keinesfalls aus der Welt geschafft. Nach wie vor kann man vor allem im Bereich der Vermögensdelikte von Bagatellkriminalität sprechen⁵²⁾. Die Widerstandskraft gegen in diesen Bereich fallenden Vermögensdelikte ist recht gering, so daß letzten Endes nur Strafdrohung und Strafverfolgung die Begehung verhindern. Freilich gibt es auch davon Ausnahmen. Beispielshaft aufgeführt seien die Warenhausdiebinnen, die, obwohl ihre wirtschaftlichen Verhältnisse geordnet sind, alle möglichen Sachen mitgehen lassen. Diese Taten entstehen regelmäßig aus besonderen seelischen Konfliktsituationen⁵³⁾. Hinsichtlich dieser Gruppe scheinen generalpräventive Wirkungen von Strafe nahezu ausgeschlossen, da eben der Tatentschluß auf alles andere als auf vernünftige Überlegungen zurückzuführen ist⁵⁴⁾.

Auf eine weitere Gruppe von Tätern, die von dem Wert des von ihnen verletzten Rechtsguts her zu den kleinen Kriminellen zu zählen sind, z.B. kleine Betrüger, die mit Gaunereien gleichwohl ihren Lebensunterhalt teilweise oder ganz bestreiten, dürfte die Strafdrohung kaum Wirkungen entfalten⁵⁵⁾. Derselbe Schluß muß auch gezogen werden bei Sittlichkeitstätern, z.B. Exhibitionisten, deren sexuelle Unbeherrschtheit kaum durch Strafdrohung zu zügeln ist, abgesehen von der Frage, ob deren Verfolgung überhaupt kriminalpolitisch angemessen ist⁵⁶⁾.

52) Baumann ZRP 1972 S. 273

53) Seelig-Bellavic aaO S. 135, 138

54) Insofern ist der Einwand Bockelmanns, Vom Sinn der Strafe, 1960 S. 33, gegen die Generalprävention berechtigt.

55) Seelig-Bellavic aaO S. 392

56) Mergen aaO S. 158: "Der Exhibitionist ist eher ein bedauernswerter Mensch als ein Verbrecher."

Eine ähnlich differenzierende Betrachtung ist angezeigt im Bereich der mittelschweren Kriminalität. Hierbei soll eine Gruppe als Beispiel dienen, die immer mehr an Bedeutung gewinnt: die White-collar-Kriminalität ⁵⁷⁾. Zwei Gründe, die zueinander in Beziehung stehen, sprechen gegen eine Überzeugende generalpräventive Wirkung durch Strafdrohung bei dieser Art von Delinquenz:

Die öffentliche Meinung verurteilt Machenschaften wie Subventionsbetrug, Verstöße gegen Antimonopolverordnungen, unlauteren Wettbewerb u.ä. nur sehr zögernd. Es ist dieser Gesellschaft eigentümlich, daß "jedes mit List begangene Verbrechen grundsätzlich milder betrachtet wird als ein mit Gewalt durchgeführtes" ⁵⁸⁾. Dort, wo "Leistung" im Bewußtsein der Allgemeinheit fast ausschließlich in der Höhe des Bankkontos zum Ausdruck kommt, kann auch kein genügender sozialer Druck da sein, der die in der white-collar-Kriminalität gipfelnde "Haderlumpen"-Mentalität eindämmt. Subventionsbetrug und ähnliche Verbrechen gelten nach wie vor fast als Kavaliersdelikte ⁵⁹⁾. Von daher ist es nicht verwunderlich, daß z.B. der 1956 geschaffene Straftatbestand der Steuergefährdung, § 406 AO aF, durch das 2. AO-Strafänderungsgesetz vom 12. 8. 1968 in eine Ordnungswidrigkeit umgewandelt wurde, § 405 AO nF. Dasselbe gilt für die "Leichtfertige Steuerhinterziehung", § 402 AO aF, § 404 AO nF ⁶⁰⁾.

-
- 57) Siehe dazu vor allem: Sutherland, White-collar-Kriminalität (Deutsche Übersetzung in Sack-König, Kriminalsoziologie, 1968 S. 187ff); Zirpins/Terstegen, Wirtschaftskriminalität, 1963; Middendorff, Soziologie des Verbrechens, 1959 S. 51f; Mergen aaO S. 166ff; Göppinger, Kriminologie, 1971 S. 389ff
- 58) Zirpins/Terstegen aaO S. 35
- 59) Mergen aaO S. 177 beklagt den "Mangel an Unrechtsbewußtsein" dieser Täter. An Unrechtsbewußtsein im Sinne eines Schuldlements fehlt es ihnen nicht, sondern an Gewissen.
- 60) vgl. dazu R. Müller ZRP 1970 S. 112

Ein weiteres kommt hinzu: Das white-collar-Verbrechen ist ein Intelligenzdelikt. Die Überführung des Täters wird kompliziert, die Verfolgung erschwert. Den Verfolgungsorganen fehlt es an genügender Ausbildung und technischen Hilfsmitteln ⁶¹⁾. Dies führt dazu, daß weitaus die meisten dieser Verbrechen unaufgeklärt bleiben. Mangels ausreichender Bestrafung verstärkt sich noch das Bewußtsein sowohl der (potentiellen) Täter als auch der Allgemeinheit, daß diese Art der Kriminalität mehr oder weniger "geduldet" ist, jedenfalls nicht schwerwiegend ist.

Eine intensive Strafverfolgung und angemessene Strafen hätten hier die allergrößten Chancen, generalpräventiv zu wirken. Ein entgegengesetztes Bewußtsein könnte sich ausbreiten. Es würde sich herumsprechen, daß es sich nicht lohnt, derartige Delikte zu begehen. Gerade ein Täterkreis, der sich durch Intelligenz auszeichnet, würde sich davon beeindrucken lassen.

Weniger stark dürfte dagegen die generalpräventive Kraft sein z.B. bei der Bestrafung Jugendlicher, die Raubtaten begehen. Ihre affektive Unausgeglichenheit ⁶²⁾ verhindert in Krisensituationen die Einsicht in die Bedrohung durch die Strafe.

Ähnlich verhält es sich im Bereich der Schwerverbrechen, z.B. bei Tötungsdelikten. Potentielle Täter werden hier kaum von Strafdrohung und intensiver Strafverfolgung abgeschreckt. Entscheidend bei der Entstehung solcher Taten sind vorwiegend der augenblickliche Impuls oder eine außergewöhnliche Triebstruktur ⁶³⁾. Es bedarf also in der

61) R. Müller aaO S. 114f; Mergen aaO S. 175

62) vgl. Seelig-Bellavic aaO S. 135, 138

63) Roxin aaO S. 380

Regel eines starken Affekts zur Auslösung dieser Taten. Dies rührt daher, daß der Mensch aus alter Erfahrung große innere Widerstände gegen derartige Verbrechen aufgebaut hat ⁶⁴⁾, die allein mit explosiver Energie überwunden werden können. Von daher hätten also generalpräventive Überlegungen bei der Verfolgung von Schwerverbrechen auszuscheiden. Es ist kaum zu erwarten, daß die Häufigkeit von schwerstkriminellen Handlungen merklich ansteigt, wenn die einschlägigen Straftatbestände abgeschafft würden. Dennoch: Die Allgemeinheit könnte eine Nichtverfolgung dieser Verbrechen zum Anlaß nehmen, andere - wenn auch weniger gravierende - strafbare Handlungen zu begehen. Gerade wenn schwerste Rechtsgutsverletzungen nicht geahndet werden, wird das "Bewußtsein in die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung" empfindlich gestört. Die Folge dieses Bewußtseinsmangels wird sich niederschlagen in allgemeiner Mißachtung von Rechtsgütern. Die Basis für die Tabu-Wirkung strafrechtlicher Tatbestände muß zwangsläufig zusammenbrechen, mit anderen Worten: "die Ausbildung einer sozialethischen Grundhaltung" ⁶⁵⁾ wird unmöglich gemacht ⁶⁶⁾.

Im Übrigen ist es fraglich, ob die Ahndung von Schwerverbrechen keine generalpräventive Wirkung gegenüber potentiell einschlägigen Tätern hat. Offensichtlich gab es in der NS-Zeit keine starken "inneren Widerstände" gegen Tötungen. Alte Erfahrungen wurden rigoros über Bord geworfen. Dazu kam,

64) van Bemmelen aaO S. 100

65) H. Mayer, Strafrecht AT, 1967 S. 21

66) Hierbei soll keinesfalls der vermeintlichen Aufgabe des Strafrechts, ein sittliches Mindestmaß durchzusetzen, das Wort geredet werden. Es geht nach wie vor nur um subsidiären Rechtsgüterschutz. Vgl. auch Schmidhäuser aaO S. 51f

daß die "äußeren Widerstände" abgebaut wurden: die Strafverfolgung wurde sozusagen ausgesetzt. So konnten die Verbrechen der damaligen Zeit gedeihen im Vertrauen auf ihre völlige Straflosigkeit ⁶⁷⁾.

Auf dem Hintergrund dieses komplexen Bildes läßt sich die Frage nach der generalpräventiven Wirkung der Strafverfolgung nur schwerlich beantworten. Generalpräventive Wirkungen sind am ehesten bei der leichten Kriminalität zu erwarten, teilweise auch bei mittelschwerer; zweifelhaft ist die generalpräventive Wirkung bei der Schwerkriminalität. Eine weitere Auffächerung ergibt sich in Anbetracht der verschiedenen potentiellen Tätergruppen. Überzeugungstäter, primitiv-reaktive Täter, Täter aus sexueller Unbeherrschtheit dürften auch durch intensive Strafverfolgung nicht abgeschreckt werden. Anders bei Berufsverbrechern: Sie lassen sich durch die Strafdrohung zwar nicht abhalten. Es gehört dazu eine Steigerung der Verfolgungsintensität, so daß jeder ziemlich sicher sein muß, für sein Tun bestraft zu werden. Dann ist eine generalpräventive Wirkung zu erwarten ⁶⁸⁾.

Diese Differenzierungen haben - auf die Abschreckungswirkung bezogen - nur einen gemeinsamen Nenner: Werden die beispielhaft aufgeführten Taten überhaupt nicht mehr verfolgt, wird die Geltung der Normen ausgehöhlt. Es gibt also nach unten eine "Mindestgrenze" für die Strafverfolgung ⁶⁹⁾. Fraglich ist aber andererseits - und da beginnt die neue Schwierigkeit -, ob nicht durch eine zu intensive Strafverfolgung und Strafverhängung

67) Schmidhäuser aaO S. 52

68) Baumann in Programm für ein neues StGB S. 129;
Seelig-Bellavic aaO S. 391f

69) Zipf aaO S. 496

keine generalpräventive Wirkung mehr zu erwarten ist, d.h. ob es auch eine "Obergrenze" für die Strafverfolgung gibt ⁷⁰⁾. Anerkannt ist, daß Vielstraferei die Eindrucks- und Abschreckungskraft der Strafe gerade nicht stärkt ⁷¹⁾. Dies läßt sich so begründen: Die Abschreckungswirkung beruht nicht allein auf der Angst vor der Strafverbüßung, sondern auf einer weitergehenden sozialetischen Mißbilligung, die der einzelne Strafverfolgte durch die Gemeinschaft erfährt. Wird durch "totale" Strafverfolgung bekannt, daß eine Norm sehr häufig übertreten wird, wird das normabweichende Verhalten allmählich akzeptiert. Die sozialetische Mißbilligung geht verloren. Das strafbare Verhalten muß deswegen Ausnahmecharakter haben; sonst würde die Geltungskraft der Norm ausgehöhlt ⁷²⁾. Ob dies für alle Kriminalitätsbereiche gilt, mag dahinstehen. Jedenfalls kann ein unbedingt praktizierter Strafverfolgungszwang dazu führen, daß das für das gesellschaftliche Zusammenleben wichtige Normensystem gefährdet wird ⁷³⁾.

3.1.2.3. Aus den aufgezeigten Schwierigkeiten ließe sich für die Strafverfolgung ableiten:

Diesem komplexen Bild kann - als die Strafverfolgung im Grunde beherrschendes Prinzip - nur das Opportunitätsprinzip gerecht werden. Im Hinblick auf die oben beschriebenen unterschiedlichen präventiven Wirkungen wäre konsequenterweise den Strafverfolgungsbehörden ein Verfolgungsermessen einzuräumen.

70) Zipf aaO S. 496

71) Kaiser aaO S. 10 mwN; Popitz, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968 S. 9ff; Zipf aaO S. 496

72) Zipf aaO S. 497; Popitz aaO

73) Zipf aaO S. 497f

Warum sollte es kriminalpolitisch nützlich sein, jemanden einer Strafverfolgung auszusetzen, ohne daß man sich davon generalpräventive (und spezialpräventive) Wirkungen versprechen könnte? Wenn also festgestellt wird, daß trotz intensiver Strafverfolgung bestimmte Delikte, für die nur eine bestimmte Tätergruppe prädestiniert ist, gleichwohl immer wieder begangen werden oder deren Zahl steigt, bräuchte die Staatsanwaltschaft nicht zu verfolgen. Oder: Eine Strafverfolgung ist dann schädlich und einzustellen, wenn sich herausstellt, daß durch Überschreitung der optimalen Sanktionierungsrate die Geltungskraft von Normen ausgehöhlt wird. Insofern wäre der von Holtzendorff bereits 1881 geprägte Satz, daß das Opportunitätsprinzip den "Nützlichkeitstheorien" entspräche, richtig ⁷⁴⁾.

Dieser Auffassung stehen Bedenken gegenüber:

(1) Um der "Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung" willen ist Strafverfolgung immer angezeigt bei schwerwiegenden Delikten. Insoweit wäre kein Raum für ein Ermessen der Staatsanwaltschaft, das sich darauf beschränkt, die unmittelbaren Wirkungen einer Strafverfolgung auf die potentiell einschlägige Tätergruppe zu prüfen. Auch bei negativem Befund wäre zu verfolgen.

(2) In dem verbleibenden Bereich, der minderschweren Kriminalität, besteht nach wie vor die Schwierigkeit, einen derartigen Befund zu erstellen. Angenommen, es stellte sich heraus, daß z.B. Warenhausdiebstähle ganz überwiegend von primitiv-reaktiven Tätern begangen werden, die sich auch durch intensive Strafverfolgung nicht beeindrucken lassen, bräuchte evtl. mangels präventiver Anhalts-

74) s. o. S. 15; v. Holtzendorff aaO S. 953; vgl. Vogel, Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und seine prozessuale Bedeutung, Diss. München 1966 S. 107

punkte die Strafverfolgung nicht durchgeführt zu werden. Aber: Ist es nicht wahrscheinlich, daß andere potentielle Tätergruppen durch Strafverfolgung jener Täter von Warenhausdiebstählen abgehalten werden und deshalb die generalpräventive Überlegung zum entgegengesetzten Ergebnis führt? ⁷⁵⁾

Der Staatsanwaltschaft insoweit ein Verfolgungs-
ermessen einzuräumen, ohne ihr genaue Richtlinien
und Wertungskriterien an die Hand zu geben, hieße
sie überfordern. Sie könnte ihr Ermessen gar nicht
pflichtgemäß ausüben, weil der Umfang einer pflicht-
gemäßen kriminologischen Prüfung - ohne Kenntnis
genauer kriminologischer Fakten - ihre Möglichkeiten
übersteigen und zwangsläufig im Spekulativen enden
würde ⁷⁶⁾. Nur die Häufigkeit eines Delikts als
Kriterium zur Entscheidung über die Strafverfolgung
heranzuziehen, ist generalpräventiv gesehen unge-
eignet. Die daraus resultierende Vielstraferie
stärkt die Abschreckungskraft der Strafe gerade
nicht ⁷⁷⁾.

(3) Von diesem Bedenken läßt sich teilweise ein
dritter Einwand ableiten. Das Opportunitätsprinzip
kann in der Praxis dazu führen, von unbequemen
Strafverfolgungen im Wege der Ermessensausübung
abzusehen. Dort, wo die Strafverfolgungsbehörden
in der oben beschriebenen Weise überfordert sind,
werden sie ihr Heil in der einfachsten Lösung su-
chen. Die einfachste Lösung besteht immer in einem
Absehen von Strafverfolgung.

75) Eine andere Frage ist, ob wegen Geringfügigkeit von
Strafverfolgung abgesehen werden sollte; dazu unten

76) Auch aus diesem Grunde scheint die Berücksichtigung
der Generalprävention bei der Strafzumessung fraglich.

77) Kaiser aaO S. 10 mwN; vgl. oben S. 30

Die Überforderung kann auch andere Inhalte aufweisen. Am Beispiel der white-collar-Kriminalität wurde gezeigt, daß bestimmte Verbrechen von den einzelnen Tätern und von der Allgemeinheit gar nicht so sehr als solche gewertet werden. Diese milde Bewertung macht, obwohl der angerichtete Schaden immens ist, auch vor Staatsanwaltschaft und Strafgerichten nicht Halt. Nach Zirpins/Terstegen wird "eine Steuerhinterziehung nicht selten entschuldigt". Diese Bewertung spiele "nicht nur im Strafmaß eine Rolle", sie könne "dazu führen, daß eine Straftat nicht verfolgt wird" 78).

Im Rahmen des Legalitätsprinzips ist dies nur zulässig nach § 170 Abs. 2 StPO. Dessen Voraussetzungen liegen im gegebenen Fall nicht vor. Denn bei dieser Art von Entschuldigung handelt es sich nicht um ein schuldausschließendes Merkmal. Ein allgemeines Opportunitätsprinzip würde eine weitere Möglichkeit öffnen, ein Verfahren, trotz Vorliegen eines Straftatbestandes, nunmehr kraft Ermessensausübung einzustellen. Es ist nicht auszuschließen, daß in Anbetracht der aufgezeigten Schwierigkeiten und Überforderungen von diesem Ermessen in einer Weise Gebrauch gemacht wird, die mit Sinn und Zweck des Ermessens nichts mehr gemein hat. Als Beispiel möge die oben zitierte Umwandlung der "Steuergefährdung" und der "Leichtfertigen Steuerhinterziehung" in Ordnungswidrigkeiten dienen. Nunmehr gilt dort das Opportunitätsprinzip. Die Folge davon wird von R. Müller, der als Staatsanwalt mit diesen Dingen in der Praxis

78) Zirpins/Terstegen aaO S. 35. Nach einem in letzter Zeit gefaßten Kabinettsbeschuß soll der gesetzliche Strafrahmen von Tatbeständen, die die Wirtschaftskriminalität betreffen, erhöht werden. Möglicherweise ändert sich dadurch etwas an der allgemeinen Bewertung.

befäßt ist, so beschrieben: "Nunmehr genießt dieser Steuerhinterzieher den Ruf der Steuerehrlichkeit und wird im Hinblick auf das Opportunitätsprinzip nur in den seltensten Fällen wegen seiner verwerflichen Handlungen mit einem Bußgeldbescheid der Finanzbehörden rechnen müssen." 79)

Die Verfolgungsintensität als das generalpräventive Instrument schlechthin ⁸⁰⁾ ist danach am ehesten gewährleistet auf dem Boden eines allgemeinen Legalitätsprinzips. Das Opportunitätsprinzip ist, auch wenn manche generalpräventive Überlegung dafür spricht, gerade aus Überwiegenden anderen generalpräventiven Gründen als allgemeiner Grundsatz unbrauchbar ⁸¹⁾. Andererseits gibt es, wie oben aufgezeigt wurde, eine Obergrenze der Strafverfolgung, die dazu zwingt, eine Auswahl in der Verfolgung zu treffen, damit die Strafrechtspflege funktionsfähig wird und bleibt. Um Willkür und Ungleichbehandlung auszuschließen, sollten die Auswahlkriterien abstrakt festgelegt werden ⁸²⁾. Ob und inwieweit dies bereits positiv verwirklicht ist und ob de lege ferenda eine weitere Ausdehnung angebracht und gesetzestechnisch durchführbar ist, soll in späteren Kapiteln untersucht werden. Hier geht es lediglich um den Verfolgungszwang als Grundsatz. Eine andere Frage ist deshalb auch, ob das Legalitätsprinzip z.B. aus Gründen der Geringfügigkeit, vgl. §§ 153, 153a StPO, eingeschränkt werden oder dem Opportunitätsprinzip weichen muß.

79) R. Müller aaO S. 112; siehe auch unten bei 4.3.

80) Peters aaO S. 22; Baumann aaO S. 129, S. 16

81) Eb. Schmidt aaO Rdn 386

82) Zipf aaO S. 498: "Seine (des Legalitätsprinzips) Aufgabe ist es nicht, die Selektion im Sanktionierungsprozeß zu verhindern, sondern die differentielle Wahrscheinlichkeit zu unterbinden, d.h. zu verhindern, daß parteiisch unter Ansehen der Person die Strafverfolgung durchgeführt wird."

Zusammenfassend ist festzuhalten:

- (1) Generalpräventive Überlegungen im Bereich der Strafverfolgung sind berechtigt, solange das StGB elementare Rechtsgüter schützt.
- (2) Die Wirkungen der Generalprävention sind je nach Delikts- und Tätergruppen verschieden.
- (3) Bei schweren Delikten ist aus generalpräventiven Gründen eine Strafverfolgung immer angezeigt.
- (4) Eine intensive Strafverfolgung läßt am ehesten generalpräventive Wirkungen erwarten. Allerdings ist, um die Strafrechtspflege insgesamt funktionsfähig zu halten, eine Auswahl in der Verfolgung notwendig.
- (5) Aus generalpräventiven Gründen ist grundsätzlich das Legalitätsprinzip dem Opportunitätsprinzip vorzuziehen.

3.2. Begründung des Legalitätsprinzips aus der staatsrechtlichen Justizgewährungspflicht

3.2.1. Materiellrechtlich hat sich das Legalitätsprinzip entwickelt aus der staatsrechtlichen Justizgewährungspflicht ¹⁾. Justizgewährung als grundsätzlich staatliche Aufgabe war germanischem Rechtsdenken lange Zeit fremd. Die Gesellschaftsmitglieder waren auf Selbsthilfe angewiesen. Diese Selbsthilfe - "Fehde" - war während des ganzen Mittelalters staatlich anerkannt ²⁾. In der Übergangszeit vom Mittelalter zur Neuzeit wurde die Selbsthilfe immer mehr eingeschränkt, bis sie schließlich durch den Ewigen Landfrieden von 1495 gänzlich verboten wurde.

Seitdem besitzt der Staat das Justizmonopol. Dieses Justizmonopol verpflichtet ihn andererseits, Justizgewährung in Form von Strafverfolgung und Aburteilung zu übernehmen ³⁾.

3.2.2. Die staatliche Justizgewährung ist nunmehr verfassungsrechtlich begründet. Streitig ist nur, aus welchen Vorschriften des Grundgesetzes die Justizgewährung abzuleiten ist. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat sich auf Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG berufen ⁴⁾. Eine andere, in der Literatur verbreitete Meinung sieht die Grundlage der Justizgewährung in Art. 103 GG ⁵⁾ oder auch in dem der Verfassung immanenten Rechtsstaatsprinzip überhaupt ⁶⁾. Zu dem Streit braucht hier nicht Stellung

1) Niese SJZ 1950 Sp. 895; Eb. Schmidt, Lehrkommentar Teil I, 2. Aufl. 1964 Rdn 385

2) Eb. Schmidt aaO Rdn 2ff; Vogel, Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und seine prozessuale Bedeutung, Diss. München 1966 S. 103

3) Eb. Schmidt aaO Rdn 7; Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968 S. 15

4) BVerfGE 3, S. 359ff, S. 364

5) Eb. Schmidt aaO Rdn 17ff

6) Bettermann, in Bettermann-Scheuner-Nipperdey, 3. Bd. 2. Halbbd. 1959 S. 559

genommen zu werden; die Justizgewährung ist nach allen Meinungen verfassungsrechtlich verankert.

3.2.3. Justizgewährungspflicht im strafrechtlichen Bereich bedeutet die Verpflichtung, "auf justizförmigem Wege zu untersuchen und zu entscheiden, ob und in welchem Maße Strafbarkeit wegen eines Verbrechens besteht" ⁷⁾. Im Zivilrecht wird meist von einem "Justizanspruch" gesprochen, der sich aus der Justizgewährungspflicht ergibt. Er hat zum Inhalt, "daß die Parteien das Recht haben, die Gerichte anzurufen, die Gerichte insbesondere die Klage entgegennehmen ... und bei Entscheidungsreife das Urteil fällen" ⁸⁾.

Beide Definitionen betreffen die Frage nach den Grundlagen des Prozeßrechts ⁹⁾. Sie besagen nur, daß die Justiz auf grund ihres Monopols zu bestimmten prozessualen Handlungen verpflichtet ist. Damit wird lediglich ein Gesichtspunkt des alten Fehderechts angesprochen: die Selbsthilfe als Organisationsmodell für den Rechtsschutz wird zugunsten eines anderen, vom Staat bestimmten Organisationsmodells aufgegeben ¹⁰⁾.

Wenn nun aber der Staat das Recht zu strafen übernimmt und den Einzelnen oder der Sippe verbietet, auf eigene Faust ihr Recht zu suchen, entspringt daraus als Korrelat die Verpflichtung, das Organisationsmodell so einzurichten, daß ein möglichst lückenloser Rechtsschutz gewährleistet ist. Die Selbsthilfe erübrigt sich damit. Eine derartige Wirkung ist grundsätzlich nur vom Legalitätsprinzip zu erwarten.

7) Henkel aaO S. 15

8) Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. 1969 S. 10

9) vgl. Eb. Schmidt aaO Rdn 19

10) zu einem anderen Aspekt, der Genugtuung des Verletzten, siehe S. 38ff

3.2.4. Ein anderer Aspekt des alten Fehderechts, der als Ziel der Selbsthilfe zu verstehen war, besteht darin, sich Genugtuung und Schadloshaltung bei dem Rechtsbrecher zu verschaffen ¹¹⁾. Es ist daher zu untersuchen, ob mit der Ablösung der Selbsthilfe auch der Genugtuungszweck der Rechtsverschaffung untergegangen ist oder ob die staatliche Justizgewährung gerade die Genugtuung des Verletzten zum Ziel hat. Im letzteren Fall wäre die Befriedigung des Genugtuungsbedürfnisses ein weiterer Punkt in der Begründung des Legalitätsprinzips.

3.2.4.1. Genugtuung bedeutet Besänftigung des verletzten Rechtsgutes ¹²⁾. Dies geschah zu Zeiten des Fehderechts durch die Privatrache der Sippe, deren Angehöriger in einem Rechtsgut verletzt wurde. Die Genugtuung war Hauptzweck strafrechtlicher Sanktionen ¹³⁾. Durch die Genugtuungsleistung soll der Verletzte Befriedigung dahingehend erfahren, daß festgestellt wird, daß der Eingriff in die Rechtssphäre des Opfers und damit das Handeln des Täters unrechtmäßig ist. Das Genugtuungsverhältnis betrifft allein die Beziehung zwischen Opfer und Täter ¹⁴⁾.

Das öffentliche Strafrecht stellt dagegen in erster Linie auf die Belange der Allgemeinheit ab ¹⁵⁾. Ansatzpunkt eines staatlichen Strafens ist der Rechtsgüterschutz. Das staatliche Strafrecht soll auch gerade eine an dem Rachegefühl des Verletzten

11) Henkel aaO S. 15

12) Niemeyer, Genugtuung des Verletzten durch Buße, Diss. Tübingen 1972 S. 38; Stoll in Verhandlungen des 45. Dt. Juristentages Bd. 1 Teil 1 S. 1ff, 1964 S. 152

13) Niemeyer aaO S. 12ff

14) Niemeyer aaO S. 38f

15) Bereits die Constitutio Criminalis Carolina von 1532 kannte keine Privatrache mehr.

orientierte Privatrache ausschließen¹⁶⁾. Durch "die Übernahme der Rechtsverfolgung durch die Gemeinschaft" wird die staatliche Strafe von "dem persönlichen Affekt" getrennt¹⁷⁾. Die Genugtuung kann daher kein intendiertes Ziel von Strafe und damit von Strafverfolgung sein¹⁸⁾.

Gleichwohl ist die Genugtuung des Verletzten auch bei der staatlichen Strafe ein erwünschter Nebeneffekt¹⁹⁾. Das war nicht immer so. Von dem Standpunkt der dreißiger Jahre, daß nämlich "alles Strafrecht eine soziale Wehrordnung der Gemeinschaft und darum einziger "Verletzter" in allen Fällen eines Verbrechens eben die Gemeinschaft selbst ist"²⁰⁾, kommt von vornherein eine individuelle Genugtuung (-wessen auch?-) nicht in Betracht. Wird die Funktion des staatlichen Strafens gesehen als Rechtsgüterschutz, kann dem Staat das Interesse des Inhabers des verletzten Rechtsgutes nicht gleichgültig sein, auch wenn ansonsten die Bestrafung des Täters Sache des Staates ist²¹⁾.

3.2.4.2. Das Gewicht des Interesses des Verletzten im Hinblick auf Genugtuungsbedürfnis und Justizgewährung läßt sich am ehesten an den Beteiligungsbefugnissen des Verletzten im Strafverfahren ablesen.

16) Arzt, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, 1970 S. 324

17) Nohl, Jugendwohlfahrt 1927 S. 94

18) Eb. Schmidt, Mat. zur Strafrechtsreform 1. Band 1954 S. 9ff, S. 15; Strubel-Sprenger NJW 1972 S. 1736

19) Niemeyer aaO S. 41, S. 97; Eb. Schmidt aaO S. 15: "Auch auf ihn (den Verletzten) muß beim staatlichen Strafen in gewissem Sinne Rücksicht genommen werden". Frisch JZ 1974 S.9f: "Durch die Verankerung prozeßförmiger Verfahren erfüllt der Staat regelmäßig nicht nur bestimmte Bedürfnisse der Allgemeinheit, sondern zugleich - durch Justizgewährung - gewisse Individualinteressen", nämlich "in erster Linie das Vergeltungs- oder Genugtuungsinteresse des Betroffenen".

20) Erik Wolf DJZ 1936 Sp. 1264

21) Maiwald GA 1970 S. 52; Eb. Schmidt aaO S. 15f

§ 172 StPO gibt dem Antragsteller, der zugleich der Verletzte ist, gegen die Einstellung des Verfahrens die Klageerzwingung zur Hand. Eine Klage kann also nur der Verletzte erzwingen. Man könnte daraus schließen, daß die staatliche Justizgewährung vor allem das Genugtuungsbedürfnis des Verletzten im Auge hat. Denn so könnte erklärt werden, warum der Verletzte sich gegen die Versagung der Justizgewährung wehren kann ²²⁾. Die Folge dieser Annahme wäre, daß die Genugtuung durch staatliches Strafen nicht nur ein erwünschter Nebeneffekt bliebe, sondern daß das Legalitätsprinzip an ihm ausgerichtet sei.

Sicherlich lag dem Klageerzwingungsverfahren zunächst die Überlegung zugrunde, die Staatsanwaltschaft in ihrer Verfolgungstätigkeit, die auf grund der hierarchischen Struktur der Staatsanwaltschaft gefährdet schien, zu kontrollieren. So sah v. Liszt die Gefahr, "daß die Staatsanwaltschaft über höhere Weisungen mit maßloser Strenge gegen die Minorität vorgeht, auch die größten Ausschreitungen der ministeriellen Partei dagegen unbeachtet und unverfolgt läßt, mit einem Worte, das Strafverfolgungsrecht des Staates den politischen Leidenschaften dienstbar macht" ²³⁾. Der Akzent lag also vor allem auf der Kontrolle eines an der Gerechtigkeit orientierten objektiven Rechtsprinzips, des Legalitätsprinzips. Von dem Inhaber des verletzten Rechtsgutes ist nicht die Rede. Dementsprechend wird das Klageerzwingungsverfahren von einem Teil der Literatur definiert als Verfahren zur Gewährleistung des aus § 152 Abs. 2 StPO zu entnehmenden Legalitätsprinzips als objektiven Rechtsprinzips ²⁴⁾.

22) vgl. Maiwald aaO S. 52

23) v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge I., 1905 (Vortrag aus dem Jahre 1877) S. 30f

24) Peters, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966 S. 464; Niese aaO Sp. 893; Strubel-Sprenger aaO S. 1736

Nach Kern-Roxin ²⁵⁾ dagegen bezweckt das Klageerzwingungsverfahren unmittelbar ein an Art. 19 Abs. 4 GG ausgerichtetes Verfahren zum Schutz der sich aus dem Legalitätsprinzip und dem Anklagemonopol des Staates ergebenden subjektiven öffentlichen Rechte des durch die Straftat Verletzten. Diese Definition verdient den Vorzug, weil sie - zum einen - an der konkreten Ausgestaltung des Klageerzwingungsverfahrens in der StPO orientiert ist. Nur der Verletzte kann Klage erzwingen. Deswegen gibt es auch bei Staatsschutzdelikten kein Klageerzwingungsverfahren, § 172 Abs. 2 StPO, §§ 120 Abs. 1, 2, 142a Abs. 1, 2 GVG. Warum dies so ist, kann von der Meinung, daß das Klageerzwingungsverfahren die Gewährleistung des § 152 Abs. 2 StPO als objektiven Rechtsprinzips bezweckt, nicht erklärt werden ²⁶⁾.

Zum anderen handelt es sich bei der Klageerzwingung um die Durchsetzung subjektiver öffentlicher Rechte des Einzelnen ²⁷⁾. Der Einzelne, der Verletzte hat einen Anspruch auf Justizgewährung. Dieser Anspruch ist nicht lediglich ein sogenannter Reflex ²⁸⁾. Reflexe, die nur Nebenwirkungen einer im staatlichen oder sonstigen überindividuellen Interesse ergangenen Norm sind, sind keine Rechte im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG, Reflexe solcher Normen hingegen, welche die Behörden zu einem Handeln zugunsten des Einzelnen verpflichten, ohne ihm ausdrücklich einen Anspruch auf diese Handlungen zuzuerkennen, werden durch Art.

25) Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, 13. Aufl. 1975 S. 195

26) Kern-Roxin aaO; vgl. Maiwald aaO S. 52; Frisch aaO S. 9

27) ebenso Wagner, "Zum Legalitätsprinzip" in Festschrift für den 45. Dt. Juristentag 1964 S. 149ff, S. 174

28) so aber Strubel-Sprenger aaO S. 1736

19 Abs. 4 GG in klagbare Rechte umgewandelt²⁹⁾. Daß die Verpflichtung aus § 152 Abs. 2 StPO nicht nur im überindividuellen Interesse besteht, wird deutlich, wenn man eben die Funktion des Strafrechts als Rechtsgüterschutz begreift. Allein schon deswegen ist die Staatsanwaltschaft zu einem Handeln "zugunsten des Einzelnen" verpflichtet. Der "Reflex" des § 152 Abs. 2 StPO ist also ein Recht im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG. Dies entspricht im übrigen am ehesten dem Wortlaut und dem Sinn des Art. 19 Abs. 4 GG. Danach ist die Auslegung angezeigt, "die einerseits dem Anliegen umfassenden und lückenlosen Rechtsschutzes gerecht wird, andererseits aber nicht zur Zulassung von Popularklagen und Klagen von bloß Interessierten führt"³⁰⁾.

Der Inhalt dieses subjektiven öffentlichen Rechts ist nicht gleichzusetzen mit einem Recht auf Rache³¹⁾. Dieses ursprüngliche Recht wurde ja durch das staatliche Strafrecht abgelöst³²⁾. Zwar ist der Grund dafür, daß dem Verletzten das Klageerzwingungsverfahren eröffnet ist, darin zu finden, daß das persönliche Genugtuungsbedürfnis des Verletzten anerkannt wird³³⁾, die Verschaffung dieser Genugtuung ist aber nicht das eigentliche Ziel des Klageerzwingungsverfahrens. Eigentliches Ziel kann nur der Rechtsgüterschutz sein. Mit dem Klageerzwingungsverfahren wendet sich der Verletzte gegen die Versagung dieses Schutzes, gegen die Versagung der staatlichen Justizgewährung. Sein Anspruch ist also gerichtet und beschränkt auf

-
- 29) Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951 S. 85; vgl. Bettermann aaO S. 785
30) v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundges. Bd. I 1966 S. 573
31) so aber Strubel-Sprenger aaO S. 1736, die deswegen ein Recht iSd Art. 19 Abs. 4 GG verneinen.
32) s.o. S. 38f; vgl. Dencker JZ 1973 S. 147
33) Maiwald aaO S. 52; Eb. Schmidt, Lehrkommentar Teil II, 1957 § 171 Rdn 12

Justizgewährung durch möglichst lückenlosen Rechtsschutz. Die Ausgestaltung dieses Rechtsschutzes orientiert sich nicht mehr an dem Genugtuungsbedürfnis des Verletzten, sondern wird allein bestimmt durch die Funktion des öffentlichen Strafrechts.

Die staatliche Justizgewährung hat also nicht in erster Linie das Genugtuungsbedürfnis des Verletzten im Auge. Die Genugtuung des Verletzten bleibt lediglich erwünschter Nebeneffekt. Auch die Definition des Klageerzwingungsverfahrens als Verfahren zum Schutz der subjektiven Rechte des Verletzten führt zu keinem anderen Ergebnis.

Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn man die Ausgestaltung des Privatklageverfahrens, §§ 374ff StPO, betrachtet.

Neben der Erlaubnis für die Staatsanwaltschaft, Privatklagesachen, deren Verfolgung nicht im öffentlichen Interesse liegt, unverfolgt zu lassen (§ 376 StPO), weist die Privatklage noch eine zweite Seite auf. Sie ist gleichzeitig ein Privileg für den Verletzten. Er darf in einer aktiven Prozeßrolle auf die Bestrafung des Täters hinwirken, sich "sein Recht verschaffen" ³⁴⁾. Er kann also bei bestimmten Delikten selbst "seine" Klage in die Hand nehmen und so selbst vor Gericht Genugtuung erlangen ³⁵⁾.

Bei den Privatklagedelikten handelt es sich - mit Ausnahme der §§ 223a, 241 StGB, § 4 UWG - um Antragsdelikte. Das Antragserfordernis läßt sich auf

34) Maiwald aaO S. 45

35) Maiwald aaO S. 47; Homann, Der Begriff des öffentlichen Interesses in den §§ 376, 153 StPO und 232 StGB, Diss. Göttingen 1971 S. 63

ein allen Gruppen ³⁶⁾ innewohnendes Versöhnungsprinzip zurückführen. Der Rechtsfrieden kann hier durch eine Versöhnung des Täters mit dem Opfer wiederhergestellt werden ³⁷⁾. Das Antragserfordernis soll gerade diese Möglichkeit einräumen. Folgerichtig wird das Strafantragsrecht als "Strafhinderungsrecht" bezeichnet ³⁸⁾. Korrespondierend dazu soll dem Privatkläger das Recht zustehen, den Konflikt durch Betreiben der Strafverfolgung zu lösen ³⁹⁾. Dieses Privileg für den Verletzten stellt jedoch auch gleichzeitig eine Belastung dar. Der Privatklageweg ist mit außerordentlichen Mühen und - jedenfalls vorzuschießenden - Kosten und Auslagen verbunden. Die Verfolgungstätigkeit der Staatsanwaltschaft entfällt. Die Justizgewährung wird damit erschwert ⁴⁰⁾.

Das Zusammenspiel zwischen Justizgewährung und Genugtuung wird hier vollends klar. Da, wo dem Verletzten die Möglichkeit eröffnet ist, Genugtuung durch "eigene" Rechtsverschaffung zu erlangen, wird nur bruchstückhafte Justizgewährung eingeräumt. Oder umgekehrt: Versagung oder Erschwerung

-
- 36) Herkömmlicherweise werden drei Gruppen genannt:
Bei der 1. Gruppe soll die Intimsphäre des Betroffenen geschützt werden, z.B. § 182 StGB; der 2. Gruppe, den sog. relativen Antragsdelikten, liegt der Gedanke der Wahrung der friedlichen Beziehung zwischen Täter und Verletztem zugrunde, §§ 247, 263 Abs. 4 StGB; bei der 3. Gruppe von Delikten, die ihrer Natur nach weniger schwer sind, soll es dem Verletzten überlassen bleiben, ob er eine Strafverfolgung für geboten hält, z.B. §§ 123, 303 StGB; vgl. dazu Peters aaO S. 167; Maurach, Deutsches Strafrecht AT, 4. Aufl. 1971 S. 940
- 37) Maiwald aaO S. 36
- 38) Thomsen, Gutachten in Verhandlungen des Zwölften Deutschen Juristentages, 1874 S. 193ff, S. 198
- 39) vgl. Gerland GS 60 (1902), S. 220
- 40) Maiwald aaO S. 48

der Justizgewährung führt zu einem Aufleben der Respektierung des Genugtuungsbedürfnisses des Verletzten⁴¹⁾. Das oben gewonnene Ergebnis wird bestätigt. Volle staatliche Justizgewährung bezweckt nicht die Befriedigung des Genugtuungsbedürfnisses des Verletzten.

Auf diesem Hintergrund ist die Beteiligung des Nebenklägers am Offizialverfahren gem. § 395 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 2 StPO zu sehen. Derjenige, der die öffentliche Klage erzwungen hat, soll entweder unsachgemäßes Vorgehen der Staatsanwaltschaft korrigieren oder sich davon überzeugen können, daß die Staatsanwaltschaft sachgemäß verfolgt⁴²⁾. Allerdings ist nicht recht einzusehen, warum dem Verletzten weiterhin die Genugtuung des aktiv in die Verfolgungstätigkeit Eingeschalteten gewährt wird, nachdem er doch das erreicht hat, was er überhaupt erreichen konnte, nämlich ausreichende Justizgewährung. Es erscheint aber gerechtfertigt, das einmal entstandene Mißtrauen gegen die Staatsanwaltschaft durch die Nebenklage abbauen zu helfen.

Die Nebenklage des Privatklageberechtigten erscheint ebenfalls als Fortsetzung der aus der Erschwerung der Justizgewährung resultierenden Respektierung des persönlichen Genugtuungsbedürfnisses. Für den Fall der nachträglichen Übernahme der Privatklage durch den Staatsanwalt mag dies deswegen angängig sein, weil der Nebenkläger bereits Initiative gezeigt und Mühe aufgewendet hat, so daß man ihm nicht einfach den Stuhl vor die Tür setzen kann. Für den Fall, daß die Staatsanwaltschaft von vornherein ex officio verfolgt, ist das persönliche Genugtuungsverlangen von vornherein nicht zu re-

41) vgl. Homann aaO S. 63

42) Maiwald aaO S. 53

spektieren. Die Nebenklagebefugnis dieses Privatklageberechtigten erscheint von daher systemwidrig⁴³⁾.

Ähnliches gilt für die Angehörigen-Nebenklage nach § 395 Abs. 2 Ziff. 1 StPO. Den Angehörigen eines Getöteten wird von vornherein mittels des uneingeschränkten Legalitätsprinzips Justiz gewährt. Die Verschaffung persönlicher Genugtuung durch die Nebenklage ist daher fehl am Platze^{44) 45)}.

Zusammenfassend ist festzuhalten:

- (1) Das Legalitätsprinzip hat sich aus der staatsrechtlichen Justizgewährungspflicht entwickelt.
- (2) Justiz ist so zu gewähren, daß ein möglichst lückenloser Rechtsschutz besteht. Eine derartige Wirkung ist grundsätzlich nur vom Legalitätsprinzip zu erwarten.
- (3) Justizgewährung beabsichtigt nicht die Befriedigung des Genugtuungsverlangens des Verletzten.
- (4) Die Beteiligung des Verletzten im Strafverfahren hat seinen hauptsächlichen Grund in der Anerkennung des individuellen Genugtuungsanspruchs des Verletzten.
- (5) Gleichwohl bleibt die Genugtuung des Verletzten lediglich (erwünschter) Nebeneffekt der staatlichen Strafverfolgung.

43) vgl. Oetker GS 105 (1935) S. 186f

44) vgl. Maiwald aaO S. 56; Kempfner, Der Nebenkläger im geltenden und künftigen Strafverfahren, Diss. München 1956 S. 158f, S. 163

45) Erst recht nicht paßt die Einräumung einer Nebenklagebefugnis nach § 395 Abs. 3 StPO. Bei der Strafverfolgung der Delikte nach §§ 90, 90b StGB geht es immer um politische, d.h. öffentliche Interessen. Diese nimmt aber bereits der Staatsanwalt wahr. Die Nebenklage erscheint daher als sinnlose Verdoppelung. Vgl. Kempfner aaO S. 164; Maiwald aaO S. 56

3.3. Begründung des Legalitätsprinzips aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gleichheitssatz des Art 3 Abs. 1 GG

Nach allgemeiner Ansicht ist das Legalitätsprinzip Ausfluß des in Art. 20 Abs. 3 GG normierten Rechtsstaatsprinzips ¹⁾. Unter Rechtsstaat ist nach heutiger Vorstellung sowohl Rechtsstaat im formellen Sinn (Gesetzesstaat) als auch Rechtsstaat im materiellen Sinn (Gerechtigkeitsstaat) zu verstehen ²⁾.

3.3.1. Zum formellen Gehalt des Rechtsstaates gehört der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der vollziehenden Gewalt, wonach sich alle Staatsakte auf ein Gesetz zurückführen lassen müssen ³⁾. Aus diesem "staatsrechtlichen Legalitätsprinzip" folgert Faller ⁴⁾ das Legalitätsprinzip im Strafverfahren: Die Herrschaft des Gesetzes führe zu der Verpflichtung des Gesetzgebers, das Verhalten der Organe bei der Anwendung der betreffenden Gesetze festzulegen. Ferner: "Das Strafgesetz verbietet in einem klar begrenzten, sachbezogenen Tatbestand ein bestimmtes Verhalten. Es droht für die Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot eine Strafe an. Legt man das rechtsstaatliche Prinzip der Herrschaft des Gesetzes zugrunde, so ergibt sich daraus zwangsläufig für die Strafverfolgung das Legalitätsprinzip" ⁵⁾.

1) Wagner ZStW 75 (1963) S. 408; Willms, Staatsschutz im Geiste der Verfassung, 1962 S. 16; Faller, Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozeß, in Festgabe für Maunz 1971 S. 86; kritisch wegen der Praxis Serwe Kriminalistik 1970 S. 379

2) Maunz, Deutsches Strafrecht, 18. Aufl., 1971 S. 72; vgl. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz Bd. I, 1966 S. 603

3) Maunz-Dürig, Grundgesetz, Bd. I, 1971 Art. 20 Rdn 58

4) Faller aaO S. 78

5) ähnlich Woessner NJW 1967 S. 758; Wagner, Zum Legalitätsprinzip, in Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag 1964 S. 174

Diese Formulierung lehnt sich in weitreichendem Maße an die - zwischenzeitlich aufgegebene - Argumentation derer an, die der Auffassung waren, daß den Staat eine absolute Strafpflicht und damit eine absolute Strafverfolgungspflicht treffe. Oben, bei der Untersuchung strafrechts-funktionaler Aspekte des Legalitätsprinzips, wurde diese Meinung im wesentlichen mit zwei Argumenten abgelehnt: 1. Primäradressat der materiell-strafrechtlichen Norm ist nicht der Staat, sondern das einzelne Gesellschaftsmitglied. 2. Eine absolute Strafverfolgungspflicht kann nur aus einer absoluten Straftheorie abgeleitet werden. Die absoluten Straftheorien sind freilich obsolet geworden ⁶⁾.

Auch aus dem formell-rechtsstaatlichen Prinzip der Herrschaft des Gesetzes folgt nicht ohne weiteres der Strafverfolgungszwang. Für sich betrachtet ist Funktion des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit die Gewährung von Rechtssicherheit. Das heißt, der Einzelne muß wissen, inwieweit die vollziehende Gewalt in seinen Rechtskreis eingreifen darf ⁷⁾. Damit ist aber über die Regelungstechnik der Gesetze noch nichts entschieden. Herrschaft des Gesetzes bedeutet daher nicht Automatik der Entscheidung ⁸⁾. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht entschieden: "Das Prinzip der Rechtssicherheit fordert nicht, daß der Gesetzgeber die Verwaltung bindet, den möglichen Eingriff immer zu vollziehen" ⁹⁾.

Auf den Bereich des Strafrechts angewandt, heißt dies: Rechtssicherheit für den Einzelnen bieten

6) vgl. oben S. 13ff

7) vgl. Jung, Straffreiheit für den Kronzeugen? 1974 S. 56

8) Franz Mayer, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, 1963 S. 38

9) BVerfGE 9, S. 136, S. 147ff

die Normen des materiellen Strafrechts. Da der Staat nicht Primär-Adressat dieser Normen ist und das Prinzip der Rechtssicherheit nicht für seine Vollzugsorgane erdacht ist, folgt aus den materiell-strafrechtlichen Normen nicht die Bindung der Staatsanwaltschaft an eine einzig zulässige Entscheidung. Die Regelungstechnik des formellen Strafrechts ist durch die Fassung des materiellen Strafrechts nicht vorbestimmt. Das formelle Rechtsstaatsprinzip, zu dem die Herrschaft des Gesetzes gehört, ist, für sich allein genommen, nicht in der Lage, das Legalitätsprinzip zu begründen.

3.3.2. Die Begründung des Legalitätsprinzip kann daher nur in materiell-rechtsstaatlichen Gesichtspunkten zu finden sein.

Der hauptsächliche Grund für die oben zitierte Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, daß das Prinzip der Rechtssicherheit keinen zwangsweisen Vollzug des möglichen Eingriffs zur Folge hat ¹⁰⁾, liegt in einem materiell-rechtsstaatlichen Gesichtspunkt: Entscheidendes Motiv des Rechtsstaates war und ist es, den Bürger vor unnötigen staatlichen Eingriffen und Belastungen zu schützen; das heißt, die Regelungsfreiheit bezüglich Tatbestand und Rechtsfolge ist im Bereich der Verwaltung größtenteils notwendig, damit sich die Verwaltung auf geänderte tatsächliche Verhältnisse und damit auf den Menschen in verschiedenen Situationen einstellen kann ¹¹⁾.

Dieses für den Bereich der allgemeinen Verwaltung entscheidende Motiv, das dort zum Opportunitätsprinzip führt, ist auch im Bereich der Strafrechtspflege relevant. Auch hier ist auf geänderte tat-

10) siehe oben S. 48; BVerfGE 9, S. 136, S. 147ff

11) vgl. F. Mayer aaO S. 38f

sächliche Verhältnisse, auf die Besonderheit des Falles, Rücksicht zu nehmen, damit der Einzelne nicht unnötig belastet wird. Dies gilt vor allem für die Verfolgung von Bagatelldelikten, worauf unten eingegangen wird.

Freilich scheint dieses Motiv im Gegensatz zu dem Gesichtspunkt des materiellen Rechtsstaates zu stehen: der Idee der Gerechtigkeit ¹²⁾. Das soll heißen, das Recht wird als oberster Maßstab allen Handelns gesehen. Das Strafrecht soll beherrscht sein von dem Grundsatz "nullum crimen sine poena" ¹³⁾. Von diesem Standpunkt her muß man eine "nicht erhobene Anklage als einen vielfach unwiederbringlichen Schaden an der Gerechtigkeit" ansehen ¹⁴⁾.

Gegen eine derartige Argumentation sind jedoch dieselben Bedenken veranlaßt wie gegen die Begründung des Legalitätsprinzips aus dem formell rechtsstaatlichen Prinzip der Herrschaft des Gesetzes. Denn der Begriff "Gerechtigkeit" wird hier reduziert gerade auf das Prinzip der Herrschaft des Gesetzes. Umgekehrt: Derselbe Gedanke taucht nunmehr im Gewande des materiell rechtsstaatlichen Motivs Gerechtigkeit auf. Die obigen Einwände, die sich aus der Prüfung des Norm-Adressaten und des Prinzips der Rechtssicherheit ergeben, gelten auch hier.

Außerdem: Die Reduktion des Begriffs Gerechtigkeit auf das Prinzip der Herrschaft des Gesetzes läßt außer acht, daß es auch eine den besonderen Umständen des Falles angepaßte Gerechtigkeit gibt, die Billigkeit. Das Billige ist das Gerechte im weiteren

12) vgl. oben S. 47; Maunz aaO S. 72

13) vgl. Faller aaO S. 69

14) Brüggenmann, Die rechtsprechende Gewalt, 1962 S. 164; ähnlich Schultz MDR 1958 S. 18; dagegen Lüttger JZ 1964 S. 569; Güde MDR 1958 S. 285f

Sinne (= die *aequitas* im römischen Recht -), das der vernünftigen Einsicht in die Besonderheit des Falles entspringt ¹⁵⁾. Die Billigkeit ist also kein Gegensatz zur Gerechtigkeit.

3.3.3. Insgesamt beziehen sich die Argumente gegen ein Opportunitätsprinzip und für das Legalitätsprinzip im Strafverfahren letzten Endes auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ¹⁶⁾.

Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 Abs. 1 GG ist der wichtigste Inhalt der Idee der Gerechtigkeit als materiell-rechtsstaatlichem Prinzip. Nach Ipsen entspringt aus dem Gleichheitssatz das Willkürverbot, wobei Willkür der "gegensätzliche Korrelatbegriff von Gerechtigkeit" ist ¹⁷⁾. Das Gebot der Rechtsgleichheit hat einen zweifachen Inhalt: Es verbietet die Ungleichbehandlung gleicher oder im wesentlichen gleicher Tatbestände, und es gebietet die Ungleichbehandlung ungleicher oder im wesentlichen ungleicher Tatbestände ¹⁸⁾. Dieser Gleichheitssatz ist seinem Wesen nach eine Fundamentalnorm. Er gilt im gesamten Bereich unserer Rechtsordnung ¹⁹⁾. An Hand des Gleichheitssatzes ist also zu untersuchen, welches Prinzip in der Strafverfolgung den rechtsstaatlichen Erfordernissen am ehesten gerecht wird.

Die Verfolgungstätigkeit der Staatsanwaltschaft erstreckt sich und kann sich lediglich erstrecken auf kriminelles Unrecht ²⁰⁾, wobei hier als kriminelles Unrecht all das anzusehen ist, was vom Ge-

15) Güde aaO S. 286 unter Hinweis auf Aristoteles

16) vgl. Wagner ZStW 75 (1963) S. 408: Gleichheitssatz = ultima ratio gegen das Opportunitätsprinzip"; ders. JZ 1974 S. 216; Eckl ZRP 1973 S. 139

17) Ipsen, Gleichheit, in Bettermann-Scheuner-Nipperdey, 2. Bd. 1954 S. 151; Hamann-Lenz, Das Grundgesetz für die BRD, 3. Aufl. 1970, Art. 3 Anm B 4 c dd; BVerfGE 15, 167, 201

18) BVerfGE 1, 14ff, Leitsatz 18

19) Hamann-Lenz aaO Art. 3 Anm A 4; Ipsen aaO S.151 bezeichnet ihn als "immanentes Prinzip der Rechtsordnung"

20) Die Besonderheiten der §§ 40ff OWiG bleiben außer Betracht.

setzgeber im Strafgesetzbuch als strafwürdiges Verhalten normiert ist. Wird der Oberbegriff "kriminelles Unrecht" nicht weiter aufgeschlüsselt, handelt es sich bei Verfolgungen jeglicher strafbarer Handlungen um gleiche Tatbestände im Sinne des Gleichheitssatzes. Die Staatsanwaltschaft wäre danach an unbedingte Verfolgung zu binden; nur so wäre die Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung verbürgt ²¹⁾. Der Gesetzgeber (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) hätte diesem Erfordernis Rechnung zu tragen und gleiches Recht durch Normierung absoluten Verfolgungszwangs zu setzen ²²⁾.

Eine solche undifferenzierte Betrachtung ist freilich schon der Vielfalt strafrechtlich relevanter Fälle nicht angemessen. Der Gleichheitssatz, derart verstanden, würde auf eine mechanische Gleichmacherei hinauslaufen. Gleichheit aber "kann selbstverständlich nie und nimmer unterschiedslose Adressaten- und Inhaltsgleichheit eines jeden Gesetzes für alle bedeuten ²³⁾. Die Frage der gleichen Tatbestände im Sinne des Gleichheitssatzes kann vielmehr nur an Hand der Zielsetzung des Strafrechts beurteilt werden. Nur so ist eine sachgerechte Auslegung möglich ²⁴⁾. Es ist daher nochmals die Funktion des Strafrechts herauszustellen: Das Strafrecht als Teilgebiet des Gesamtrechts hat Teil an der Aufgabe, das Sozialgebilde zu ordnen. Die Erfüllung dieser Aufgabe soll durch das Strafrecht speziell dadurch garantiert werden, daß die wichtigsten Bereiche sozialen Zusammenlebens mit einem

21) Wagner, Zum Legalitätsprinzip, S. 173; vgl. F. Mayer aaO S. 39

22) vgl. Faller aaO S. 80; Ipsen aaO S. 118

23) Ipsen aaO S. 113; s. auch Faller aaO S. 80f

24) vgl. Ipsen aaO S. 113: Es gibt keinen Gleichheitssatz schlechthin, über Zeit und Grenzen und geltende Verfassung hinweg: jedem Staat, der sich zu ihm bekennt, seinen Gleichheitssatz seiner Verfassung.

besonders starken Schutz versehen werden ²⁵⁾. Ansatzpunkt des staatlichen Strafens ist der Rechtsgüterschutz.

Aus dieser Aufgabenstellung ergibt sich bereits eine Differenzierungsmöglichkeit hinsichtlich der Schwere des Delikts. Diese Überlegung hat in der früheren Dreiteilung der Strafen gem. § 1 StGB aF und in der jetzigen Zweiteilung nach § 12 StGB nF seinen Ausdruck gefunden. Gerade in der weitreichenden Verlagerung der Übertretungen vom Strafrecht in das Ordnungswidrigkeitenrecht wird eines der wichtigsten Anliegen der Kriminalpolitik sichtbar: Das Strafrecht soll nur erhebliche, sozial unerträgliche Handlungen treffen; die nichtkriminelle Schuld und die nichtkriminell strafwürdige Handlung sollen aus dem Bereich des Strafrechts ausgeschlossen werden ²⁶⁾.

Bereits vor dieser Neuregelung wurde dem Bedürfnis der Begrenzung kriminellen Unrechts mit dem § 153 Abs. 1 StPO aF Rechnung getragen, indem dort für Übertretungen ein beschränktes Verfolgungsverbot normiert war. Freilich ist auch mit der Verlagerung der Übertretungen ins Ordnungswidrigkeitenrecht das Problem nicht aus der Welt geschafft ²⁷⁾. Dies zeigt die Neufassung des § 153 StPO, der eine Übernahme des § 153 Abs. 2, 3 StPO aF unter Änderungen und Erweiterungen darstellt, ferner die Einführung des gänzlich neuen § 153a StPO. Im Einzelnen ist darauf unten einzugehen. Jedenfalls scheint nach Ansicht des Gesetzgebers die Abgrenzung von strafwürdigem Unrecht allein durch den Straftatbe-

25) Baumann, Strafrecht, 6. Aufl. 1974 S. 9

26) Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966 S. 16; Peters ZStW 68 (1956) S. 396

27) vgl. oben S. 25; Baumann ZRP 1972 S. 273

stand nicht zu bewältigen zu sein ²⁸⁾, wenn auch der materiellrechtliche Charakter der §§ 153ff StPO einhellig anerkannt ist ²⁹⁾.

Bei dieser Sachlage kann von einem Verstoß gegen das Willkürverbot des Gleichheitssatzes nicht die Rede sein. Gerade in Ansehung der Geringfügigkeitsdelikte sind die Tatbestände in der Strafverfolgung nicht gleich im Sinne des Gleichheitssatzes, so daß wenigstens für diese Art von Delikten eine gleichartige Verfolgung nicht geboten ist.

Es wäre jedoch verkehrt, diese für die Geringfügigkeitsdelikte gewonnene Einsicht auf die anderen, unbestritten gravierenden Delikte übertragen zu wollen. Der Charakter der Geringfügigkeitsdelikte als Grenzfälle kriminellen Unrechts verbietet eine derartige Verallgemeinerung. Zwar kann die Einschränkung des Legalitätsprinzips bei der Behandlung der Geringfügigkeitsdelikte gerade im Sinne des Gleichheitssatzes wirksam werden und zu einer sachlich gerechtfertigten Lösung des Einzelfalls führen ³⁰⁾. Die Unterschiedlichkeit in der Bewertung strafrechtlicher Tatbestände gebietet

28) Peters aaO S. 396; vgl. Cramer, Ahndungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch, in Festschrift für Maurach 1972 S. 495, der von einem "an der Peripherie des Tatbestandes liegenden Unrechts" spricht; siehe aber Roxins "Gerinfügigkeitsprinzip als Auslegungsmaßstab" in Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973 S. 24; dazu genauer unten

29) Naucke, Der Begriff der "geringen Schuld" (§ 153 StPO) im Straftatsystem, in Festschrift für Maurach 1972 S. 204ff; Geringe Schuld = Strafausschließungsgrund; Eser, Absehen von Strafe -- Schuldanspruch unter Strafvorzicht, in Festschrift für Maurach 1972 S. 258: "In der Einstellung wegen geringer Schuld ist materiell betrachtet ein Absehen von Strafe zu erblicken"; siehe auch Baumann JZ 1966 S. 330; ders. ZRP 1972 S. 273

30) Faller aaO S. 81

aber nicht ein gesetzliches Prinzip der Zulässigkeit der Ungleichbehandlung im Hinblick auf alle Schweregrade, gebietet also nicht ein allgemeines Opportunitätsprinzip durch die Einräumung von Ermessen. Dadurch würde vielmehr die gleichmäßige Strafverfolgung insgesamt in Frage gestellt werden³¹⁾.

Auch andere Differenzierungen, wie sie z.B. in den §§ 153d, 153c Abs. 2-4 StPO hinsichtlich der Behandlung von Staatsschutzdelikten oder in § 154c StPO zum Ausdruck kommen, ändern nichts daran, daß die Verfolgungen von Straftaten im großen und ganzen gleiche Tatbestände im Sinne des Gleichheitssatzes sind.

Nach § 153d StPO kann von Verfolgung von Staatsschutzdelikten gem. § 74a Abs. 1 Nr. 2 bis 6 und § 120 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 GVG abgesehen werden, "wenn die Durchführung des Verfahrens die Gefahr eines schweren Nachteils für die BRD herbeiführen würde oder wenn der Verfolgung sonstige überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen". Es muß also eine Interessenkollision auftreten. Sie wäre zu beschreiben mit dem kriminalpolitischen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung (letztlich der Generalprävention) auf der einen Seite und den staatspolitischen entgegenstehenden öffentlichen Interessen auf der anderen Seite³²⁾. Diese Interessenkollision, auf die unten näher eingegangen wird, ist spezifisch für die Verfolgung von Staatsschutzdelikten und von Delikten mit Auslandsbeziehung. Sie kann naturgemäß kaum bei der Verfolgung der überwiegenden Zahl von Straftaten, etwa Vermögensdelikten oder Gewalt-

31) Faller aaO S. 81

32) vgl. Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 32. Aufl. 1975 § 153b Anm 6 B; Krauth-Kurfess-Wulf JZ 1968 S.734

delikten, auftreten. Wie wenig im Verhältnis zu diesen Delikten Staatsschutzdelikte die Justiz beschäftigen, zeigt ein Blick in die Statistik ³³⁾. Ein Abgehen vom Legalitätsprinzip als Grundsatz ist auch von daher nicht geboten. Der aus kriminalpolitischen Gründen ³⁴⁾ eingeführte § 154c StPO nimmt Rücksicht auf eine ebenfalls ganz besondere Situation. Die Opportunität soll einen Ausweg aus der in § 154c StPO beschriebenen Zwangslage eröffnen. Eine solche Zwangslage ist im Normalfall der Strafverfolgung nicht gegeben. Im übrigen ist die praktische Bedeutung des § 154c StPO nicht allzu groß ³⁵⁾.

Insgesamt gesehen zeigt sich ein Mangel an geeigneten weitreichenden Differenzierungsmöglichkeiten. Die Kriterien, die zu einer auf die Besonderheit der Fälle abgestimmten Behandlung der Geringfügigkeitsdelikte geführt haben, sind hinsichtlich der Verfolgung der anderen Straftaten eben nicht einschlägig. Gleiches gilt für die weniger gewichtigen Besonderheiten der §§ 153c, 153d, 154c StPO. Die Besonderheiten nehmen im ganzen auch nicht so überhand, daß von einem Normalfall der Strafverfolgung nicht mehr gesprochen werden könnte. Es besteht daher keine Veranlassung, den Oberbegriff "kriminelles Unrecht" weiter aufzuschlüsseln. Trotz der Vielfalt der Fälle handelt es sich im Grundsatz bei der Verfolgung von Straftaten um gleiche Tatbestände im Sinne des Gleichheitssatzes. Die Verfolgungspflicht ist die "sachgerechte Umschreibung des Normalfalls" ³⁶⁾. Das heißt, das

33) siehe die Zusammenstellung bei Lüttger MDR 1967 S. 257ff

34) siehe genauer unten

35) Peters, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966 S. 150

36) Jung aaO S. 61

Legalitätsprinzip muß die Regel sein. Das Gebot, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, wird am besten durch das Legalitätsprinzip im Strafverfahren erfüllt ³⁷⁾. Die egalisierende Wirkung der Verfolgungspflicht "liegt auf der Hand" ³⁸⁾. Der Gleichheitssatz verbietet freilich nicht, dieses Prinzip (auch zu Gunsten eines Opportunitätsprinzips) einzuschränken. Es müssen lediglich zureichende, plausible Gründe für eine Differenzierung vorhanden sein ³⁹⁾. Nach Art. 3 GG ist eine Ungleichbehandlung dann gerechtfertigt, wenn sie sachgerecht ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten:

- (1) Das Legalitätsprinzip läßt sich nicht aus dem sogenannten formellen Rechtsstaatsprinzip, insbesondere nicht aus dem Prinzip der Herrschaft des Gesetzes ableiten.
- (2) Das Legalitätsprinzip ist vielmehr begründet im sogenannten materiellen Rechtsstaatsprinzip, insbesondere aus dem Gleichheitssatz, dem wichtigsten Inhalt der Idee der Gerechtigkeit.
- (3) Der Gleichheitssatz des Art. 3 GG fordert nicht absoluten Strafverfolgungszwang. Er gestattet das Legalitätsprinzip lediglich als Regel. Einschränkungen (auch zugunsten eines Opportunitätsprinzips) sind mit dem Gleichheitssatz vereinbar.

37) Faller aaO S. 80; Zipf, Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip, in Festschrift für Peters 1974 S. 498; BVerfGE 20, 222 im sog. SPIEGEL-Urteil: Das Legalitätsprinzip ist ein Ausdruck des Grundsatzes der Gleichheit aller vor dem Gesetz.

38) Jung aaO S. 60; vgl. Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971 S. 179ff

39) Jung aaO S. 61; Podlech aaO S. 83, S. 86f

3.4. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

3.4.1. Das Legalitätsprinzip im Strafverfahren muß sich an einem weiteren aus der Verfassung entnommenen Prinzip messen lassen, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er ist ebenfalls Bestandteil des Rechtsstaatsgedankens ¹⁾ und gilt, wie in anderen Gebieten, auch im Strafprozeß ²⁾. Er bedeutet, daß das von einer Behörde oder einem sonstigen Hoheitsträger gewählte Mittel und der gewollte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen müssen ³⁾.

Für den hier interessierenden Bereich heißt das: Das Mittel, die Einleitung des Ermittlungsverfahrens und einzelne Strafverfolgungsmaßnahmen, muß in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck, der Überführung und Aburteilung des Beschuldigten, stehen. Als die Angemessenheit dieses Verhältnisses bestimmende Faktoren sind etwa zu nennen: der zur Entscheidung über die Einleitung des Ermittlungsverfahrens anstehende Sachverhalt, der daraus ersichtliche Umfang etwaiger Ermittlungen, das Maß der Einschränkung und Schwierigkeiten justizieller und außerjustizieller Art für den Betroffenen, die zu erwartende Strafhöhe.

Es liegt auf der Hand, daß, vornehmlich bei geringfügigen Fällen, die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens bei notwendigen umfangreichen Verfolgungsmaßnahmen und einschneidenden Einschränkungen für den Beschuldigten oder andere Betroffene, das Verhältnis zwischen Mittel und Zweck empfindlich

1) BVerfGE 10, 117

2) Faller, Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafverfahren, in Festgabe für Maunz 1971 S. 80; vgl. Jung, Straffreiheit für den Kronzeugen? 1974 S. 60

3) BVerfGE 10, 117; vgl. Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl. 1975 S. 520

stören kann, d.h. unverhältnismäßig ist. Auch andere Fälle sind denkbar, in denen die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens mehr Schaden anrichten würde, als hinsichtlich einer erstrebten Aburteilung verhältnismäßig wäre. Dazu gehören z.B. die Fälle des § 153c Abs. 2 StPO.

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit gehört zumindest bei den vorgestellten Beispielen zu den vorrangigsten Aufgaben der Staatsanwaltschaft. Die oben genannten, die Angemessenheit bestimmenden Faktoren sind oft bereits vor Einleitung eines Ermittlungsverfahrens kalkulierbar. So ist z.B. das zu erwartende Strafmaß an Hand des durch das StGB vorgegebenen Strafrahmens und der strafrichterlichen Praxis in etwa voraussehbar. Deswegen muß bereits bei der Frage, ob überhaupt eine Strafverfolgung einzuleiten ist, die Verhältnismäßigkeit geprüft werden ⁴⁾.

3.4.2. Daraus ergibt sich für die Beurteilung des Legalitätsprinzips und des Opportunitätsprinzips hier die Frage, ob nicht das Legalitätsprinzip wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dem Opportunitätsprinzip als beherrschendes Prinzip zu weichen hat ⁵⁾. Nur dann, so scheint es, könnte die von Art. 20 GG vorgeschriebene Prüfung der Verhältnismäßigkeit umfassend durchgeführt werden, also auch bei Delikten, die bisher dem absoluten Legalitätsprinzip unterstehen, bei Delikten, bei denen eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht veranlaßt, weil in der StPO nicht vorgesehen ist.

4) vgl. Faller aaO S. 80

5) vgl. Jung aaO S.60: "Spätestens das Verhältnismäßigkeitsprinzip erweist sich aber als Einfallstor kriminalpolitischer Sachzwänge".

Es stellt sich danach die ähnliche Frage wie oben S. 54ff, nämlich, ob nicht das Legalitätsprinzip als bisher herrschendes Verfahrensprinzip aufzugeben ist, jedenfalls die Staatsanwaltschaft durch Änderung der einschlägigen Bestimmungen in die Lage versetzt und gezwungen wird, jeweils die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Dies wäre aber nur dann notwendig und sachgerecht, wenn tatsächlich ein Bedürfnis besteht, zumindest bei der überwiegenden Zahl der Fälle die Angemessenheit des Verhältnisses von Mittel und Zweck zu prüfen.

Die Frage ist an Hand der Funktion des Strafrechts zu beantworten. Das materielle Strafrecht soll elementaren Rechtsgüterschutz gewährleisten. In weiten Teilen des geltenden Strafgesetzbuchs wird diese Grenze nicht überschritten. Grundsätzlich wird man daher sagen können, daß jede Überschreitung der materiell-strafrechtlichen Norm ahndungsbedürftig ist und damit verfolgt werden kann. Das Ahndungsbedürfnis steigert sich, und eine Aburteilung ist dann besonders anzustreben, wenn äußerst wichtige, mit hoher Strafe bewehrte Rechtsgüter betroffen sind.

Das heißt für die Frage der Verhältnismäßigkeit: Wenn das Strafrecht elementare Rechtsgüter schützt, dann ist von vornherein in der Regel eine Strafverfolgung hinsichtlich der Verletzung dieser Rechtsgüter verhältnismäßig. Je höher das betroffene Rechtsgut mit Strafe bewehrt ist, umso mehr ist eine Strafverfolgung verhältnismäßig und desto stärker rückt diese Frage in den Hintergrund ⁶⁾. Was bleibt, sind Ausnahmen und müssen, von der Funktion des Strafrechts her, Ausnahmen bleiben.

6) Jung aaO S. 70 spricht hierbei von einer "Unerträglichkeitsgrenze", von einer "Art Kernbereich der Kriminalität, in dem auf Strafverfolgung überhaupt nicht verzichtet werden kann".

Die Regelung für die Geringfügigkeitsdelikte in §§ 153ff StPO muß von daher einen Ausnahmecharakter behalten. Gleiches gilt für § 153c Abs. 2 StPO. Die dort vorgesehene Güterabwägung beschäftigt die Staatsanwaltschaft äußerst selten.

Eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zu Lasten des Legalitätsprinzips und zugunsten des Opportunitätsprinzips ist nach all dem aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht veranlaßt. Da, wo es notwendig erscheint, für spezifische Fälle flexibler zu entscheiden, können bestimmte Regeln als Ausnahmevorschriften normiert werden ⁷⁾.

7) siehe dazu unten

4. Gründe der Einschränkung des Legalitätsprinzips

Bei der Begründung des Legalitätsprinzips aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG wurde bereits gezeigt, daß es gewichtige Gründe geben kann, die Ausnahmen vom strikten Legalitätsprinzip gerechtfertigt oder notwendig erscheinen zu lassen. In diesem Kapitel soll im einzelnen dargelegt werden, welche gesetzlichen Ausnahmen aus welchen Motiven die StPO vorsieht, ob diese oder ähnliche Motive zu weiteren Ausnahmen führen. Ferner: welche Einschränkungen aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt und notwendig sind. Schließlich ist darzustellen, wie in der Praxis vom Legalitätsprinzip Gebrauch gemacht wird.

4.1. Die im geltenden Recht (StPO) berücksichtigten Gründe

4.1.1. Kriminalpolitische Gründe

Das Strafrecht hat die Aufgabe, die soziale Ordnung aufrechtzuerhalten, die Bestands- und Funktionsfähigkeit der Rechtsgemeinschaft zu gewährleisten ¹⁾. Es ist nicht seine Aufgabe, Gerechtigkeit zu realisieren ²⁾. Bei der Verbrechensbekämpfung kommt es daher notwendig auf Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit an. Die Strafverfolgung muß sich danach an den kriminalpolitischen Leitlinien Rationalität, Praktikabilität und Effektivität orientieren ³⁾.

1) Zipf, Kriminalpolitik, 1973 S. 29; Roxin JuS 1966 S. 382f; vgl. oben S. 17

2) Maiwald, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, in Festschrift für Maurach 1972 S. 23; vgl. oben S. 15

3) Zipf aaO S. 30f

Gesetzgeber und Staatsanwaltschaft müssen sich fragen, ob es vernünftig, sachgerecht, aus spezial- oder generalpräventiven Gründen erforderlich ist, diese oder jene Tat zu verfolgen ⁴⁾.

Für eine Lockerung des strikten Legalitätsprinzips waren für den Gesetzgeber im einzelnen folgende Motive ausschlaggebend:

4.1.1.1. bei § 154c StPO

Gemäß § 154c StPO kann die Staatsanwaltschaft von der Strafverfolgung absehen, wenn der Täter Opfer einer Nötigung oder Erpressung ist und diese Delikte durch die Drohung begangen wurden, die Straftat zu offenbaren.

4.1.1.1.1. Der Zweck der im Jahre 1935 eingeführten Bestimmung liegt darin, das genötigte oder erpreßte Opfer selbst (oder ihm nahestehende Personen) durch die Aussicht auf Straffreiheit zu einer Anzeige zu ermutigen ⁵⁾. Mit der Prämierung der Anzeige gerade durch den erpreßten oder genötigten Täter soll verhindert werden, daß eine bereits begangene Tat als Aufhänger dazu dient, eine weitere Straftat zu begehen, daß aus der begangenen Tat strafrechtlich relevantes Kapital geschlagen wird ⁶⁾.

Die mögliche Straffreiheit des Erpreßten oder Genötigten wird einhellig damit legitimiert, daß die Erpressung ein "ausgesprochen gemeines Delikt" ⁷⁾ ist und meist so verwerflich ist, daß die vom Erpreßten begangene Straftat im Verhältnis dazu

4) vgl. Jung, Straffreiheit für den Kronzeugen? 1974 S. 46

5) Schlüter JW 1935 S. 2332; Willigmann NJW 1955 S. 1749; Jung aaO S. 64

6) vgl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar Teil II, 1957 § 154c Rdn 1

7) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 22. Aufl. 1971 § 154c Anm 1

nicht ins Gewicht fällt ⁸⁾.

4.1.1.1.2. Allgemeine Bedeutung der Förderung der Anzeigebereitschaft

Erst in jüngster Zeit wurden kriminologische Untersuchungen darüber angestellt, welche Motive ausschlaggebend sind für die Anzeige oder Nichtanzeige von Straftaten ⁹⁾. Diese Forschungen dienen als Grundlage für eine heute kriminologisch und kriminalpolitisch höchst bedeutsame Forderung: die Erkenntnis und den Abbau des Dunkelfelds ¹⁰⁾.

Als Dunkelfeld bezeichnet man die Differenz zwischen der zur Kenntnis der Strafverfolgungsorgane gelangten Kriminalität und der tatsächlichen Kriminalität ¹¹⁾. Diese Ziffer ("Dunkelziffer") ist in keiner Kriminalstatistik enthalten ¹²⁾. Verlässliche Schätzungen über die Dunkelziffer mit einer gewissen Wahrscheinlichkeitsaussage gibt es bisher nicht, da größere Untersuchungen (etwa durch Opfer- und Täterbefragungen und Reihenuntersuchungen) bisher nicht durchgeführt wurden ¹³⁾.

Nach den bisher eingesetzten Untersuchungen ist für die Strafverfolgung eines klar: Es gibt ein Dunkelfeld, d.h. nur ein Bruchteil der tatsächlich begangenen Straftaten gelangt in den Bereich, in

8) Eb. Schmidt aaO § 154c Rdn 1; Schlüter aaO S. 2331; Schmoe NJW 1956 S. 213: "Andernfalls gehen auch fernerhin die Erpresser, diese üblen Schweinehunde (?) unter den Verbrechern, die schon ganze Geschlechter ruiniert haben, infolge purer Angst vor einer Offenbarung der eigenen Taten seitens der Erpreßten zum größten Teil straffrei aus".

9) Heinz, Bestimmungsgründe der Anzeigebereitschaft des Opfers, Diss. Freiburg 1972, insbes. S. 31ff; Kerner, Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung, 1973 S. 28.

10) Zipf, Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip, in Festschrift für Peters 1974 S. 489; Göppinger, Kriminologie, 1971 S. 74ff

11) Zipf aaO S. 489

12) Exner, zit. bei Göppinger aaO S. 74: "Die große crux der Kriminalstatistik ist jedoch die Dunkelziffer".

13) Zipf, Kriminalpolitik, 1973 S. 78; vgl. Heinz aaO S. 22f

dem sie von den Strafverfolgungsorganen bearbeitet werden ¹⁴⁾. Die Strafverfolgungsorgane erlangen überhaupt keine Kenntnis von etlichen begangenen Straftaten.

Die Strafverfolgungsorgane können lediglich durch zwei Möglichkeiten von begangenen Straftaten erfahren: einmal durch eigene Wahrnehmung, zum anderen, vermittelt, durch Anzeigen. Für den letzteren Fall ist bekannt, daß gerade die Opfer von Straftaten - allgemein, d. h. abgesehen von der in § 154c StPO beschriebenen Situation - aus verschiedenen Gründen Hemmungen haben, die Straftat anzuzeigen ¹⁵⁾. In diesem Bereich, wo die Strafverfolgungstätigkeit von der Anzeigebereitschaft des Opfers abhängt, führt jegliche Förderung der Anzeigebereitschaft ¹⁶⁾ zum Abbau des Dunkelfeldes und verhindert zum Teil die vom Opfer ausgehende Selektion in der Strafverfolgung ¹⁷⁾.

Mit der Senkung der Dunkelziffer geht einher die Förderung der Aufklärung ¹⁸⁾. Dabei heißt Aufklärung in diesem Sinne die erfolgreiche Aufdeckung von begangenen Straftaten insgesamt, also auch der den Strafverfolgungsorganen unbekannten. Der Begriff der Aufklärung unterscheidet sich insoweit von der in Kriminalstatistiken verwendeten "Aufklärungsziffer", die die Differenz zwischen den bekannt gewordenen und den erfolgreich aufgedeckten Straftaten bedeutet ¹⁹⁾.

14) Zipf, Kriminalpolitik, 1973 S. 78

15) vgl. Heinz aaO; Jung aaO S. 64; an Gründen sind z.B. zu nennen: der Grad der eigenen Betroffenheit; die Einschätzung der Chance, eine erfolgreiche Strafverfolgung auszulösen; die Beziehung zwischen Täter und Opfer.

16) Welche Mittel allgemein angewendet werden, kann hier nicht untersucht werden.

17) siehe dazu unten 4.3.

18) vgl. Willigmann aaO S. 1748; Zipf aaO S. 79

19) vgl. Krause MschrKrim 1969 S. 215

Von der Intensität der Strafverfolgung sind am ehesten generalpräventive Wirkungen zu erwarten ²⁰⁾. Die Strafrechtspflege bedarf zu ihrer Wirksamkeit einer bestimmten Verfolgungs- und Sanktionierungsrate ²¹⁾. Die Strafe darf nicht als Zufall empfunden werden, da sonst die materielle Strafandrohung selbst nicht mehr ernst genommen wird. Der Abbau des Dunkelfeldes durch die Förderung der Anzeigebereitschaft des Opfers und die damit verbundene erhöhte Strafverfolgungsintensität mit insgesamt weiterreichender Aufdeckung ist danach ein generalpräventives Instrument, das aus schwerwiegenden kriminalpolitischen Forderungen anzuwenden ist.

4.1.1.1.3. Spezielle Bedeutung der Förderung der Anzeigebereitschaft bei § 154c StPO

Der in § 154c StPO dargestellte Fall der Erpressung, nämlich der durch Androhung von Bloßstellung, ist die weitaus bedeutsamste Erscheinungsform der Erpressung ²²⁾. Sie wird als "Chantage" bezeichnet ²³⁾. Gerade bei der Chantage-Kriminalität wird damit gerechnet, daß die Dunkelziffer außerordentlich groß ist, daß sie zu den höchsten überhaupt gehört ²⁴⁾. Dies liegt darin begründet, daß der Erpresser durch die Androhung der Offenbarung vermeintlicher oder tatsächlich begangener Straftaten sein Opfer in der Hand hat, also verhältnismäßig risikolos vorgehen kann, umso mehr dann, je

-
- 20) Peters, Das Begreifen der Eigentumsordnung als kriminalpolitisches Problem, in Festschrift für Sauer, 1949 S. 22; Baumann in Programm für ein neues StGB 1968 S.129; Seelig-Bellavic, Kriminologie, 3. Aufl. 1963 S. 391
- 21) Zipf in Festschrift für Peters 1974 S. 496; Willigmann aaO S. 1748
- 22) Krause aaO S. 214
- 23) Krause aaO
- 24) Krause aaO; Heindl, zit. bei Willigmann aaO S.1747, schätzte (im Jahr 1927) auf grund langjähriger polizeilicher Erfahrung das Verhältnis der abgeurteilten zu den begangenen Taten auf 1:300.

mehr Angst vor Strafverfolgung mit allen sozialen Konsequenzen der Erpreßte hat. Dann legt das Opfer noch größeren Wert auf Geheimhaltung ²⁵⁾.

Diese Situation legt es nahe, - wenn man ernsthaft der Chantage-Kriminalität zu Leibe rücken will - , dem Erpressungsoffer eine "goldene Brücke" ²⁶⁾ zu bauen. Nur wenn der Erpreßte Aussicht auf Absehen von Strafverfolgung hat, kann sich überhaupt seine Angst verringern. Und nur dadurch kann seine Anzeigebereitschaft erhöht werden. Dadurch wird ein wesentlicher Beitrag zum Abbau des Dunkelfelds geleistet, was aus generalpräventiven Gründen unbedingt notwendig ist ²⁷⁾.

Diese kriminalpolitische Ausrichtung des Blickwinkels allein auf den Erpresser und nicht auf dessen Opfer, das ja im Falle des § 154c StPO auch eine Straftat begangen hat, läßt sich damit rechtfertigen, daß in der Regel die Tat des Erpressers als strafwürdiger angesehen wird ²⁸⁾. Davon gibt es Ausnahmen, denen der Gesetzgeber Rechnung tragen wollte mit der Formulierung, daß die Staatsanwaltschaft dann von Strafverfolgung absehen kann, "wenn nicht wegen der Schwere der Tat eine Sühne unerläßlich ist". Abgesehen davon, daß die Sühne eine ethische Angelegenheit des Täters selbst ist ²⁹⁾, ist diese Formel, wenn man sie wörtlich nimmt, untauglich, der Forderung nach Rationalität, d.h. nach nüchterner Ausrichtung der Strafverfolgung ³⁰⁾, zu genügen. Gemeint sein kann nur,

25) vgl. Krause aaO S. 215

26) Krause aaO

27) oben S. 66; vgl. auch Morschbach NJW 1956 S. 941

28) oben S. 63f; aA wohl Morschbach aaO S. 940

29) vgl. Zipf, Kriminalpolitik, 1973 S. 30

30) Eb. Schmidt aaO § 154c Rdn 5

wenn man im Bereich der Rationalität bleiben will, daß die Verfolgung einer Tat dann unerläßlich ist, wenn sie "um ihrer Schwere willen aus generalpräventiven Gründen nicht unverfolgt bleiben darf, soll nicht mit einer erheblichen Verletzung des Rechtsgefühls gerechnet werden müssen" ³¹⁾. Zumindest in diesem Fall ist die Beschränkung generalpräventiver Überlegungen im Hinblick auf die Verfolgung des Erpressers nicht mehr angebracht.

Die kriminalpolitische Ausrichtung des Blickwinkels vornehmlich auf die Verfolgung des Erpressers läßt sich aber auch damit rechtfertigen, daß, wenn man dem Opfer keine Chance auf Straffreiheit läßt, gleich beide Taten, die des Erpressers wie die des Opfers, in vielen Fällen unbekannt oder unaufgeklärt bleiben. Denn welche Tat das Erpressungsoffer auch begangen haben mag, bei jedem Typus von Straftat gibt es ein erhebliches Dunkelfeld, oder aber die Aufklärung gestaltet sich schwierig. Dies ist aus kriminalpolitischen Gründen mitzuberücksichtigen. Der Verzicht auf Strafverfolgung des Opfers im Austausch mit der Senkung der Dunkelziffer kann auch und zusammen mit der regelmäßig höheren Strafwürdigkeit des Erpressers damit begründet werden.

4.1.1.1.4. Die praktische Bedeutung des § 154c StPO

Die an die Einführung des § 154c StPO geknüpfte Erwartung, die Dunkelziffer bei Erpressungen durch Förderung der Anzeigebereitschaft des Opfers zu senken, hat sich in der Praxis von Anfang an nicht erfüllt ³²⁾. Von Seiten der Staatsanwaltschaft wird bestätigt, daß die Bestimmung des § 154c StPO kaum

31) Eb. Schmidt aaO; zustimmend Krause aaO S. 217

32) Peters, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966 S. 150; Willigmann aaO S. 1748; Krause aaO S. 216

angewendet wird ³³⁾. Dies hat im wesentlichen folgende Gründe:

Die Hemmungen des Erpressungsoپfers, die Erpressung anzuzeigen und sich damit zu offenbaren, werden nur dann beseitigt, wenn es vorweg die GewiÙheit hat, daÙ seine Tat nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen verfolgt wird ³⁴⁾. Dieser Situation hat der Gesetzgeber mit der Fassung des § 154c StPO nicht Rechnung getragen. Sie löst eine enge Auslegung zu wie eine großzügige. Einmal kann überhaupt nur von einer Strafverfolgung abgesehen werden, wenn nicht wegen der Schwere der Tat "eine Sühne unerlößlich" ist. Was das heißen soll, ist zumindest für den Laien schwer verständlich. Auch die Beratung etwa durch einen Rechtsanwalt kann da wenig Aufhellung bringen, zumal dieser darüber auch nur Vages sagen kann. Deswegen erscheint es notwendig, bereits im Gesetzestext, das, was "unerlößlich" ist, näher zu konkretisieren, etwa nach einem Vorschlag Willigmanns ³⁵⁾ durch den Zusatz an § 154c StPO: "Von der Verfolgung kann insbesondere nicht abgesehen werden bei den Verbrechen des Mordes, des Hoch- und des Landesverrats". Damit könnte einigermaßen umrissen werden, nach welchen Kriterien die Staatsanwaltschaft ihre Entscheidung nach § 154c StPO trifft und zu treffen hat ³⁶⁾.

Zum anderen braucht nach der Fassung des § 154c StPO die Staatsanwaltschaft auch dann nicht von Strafverfolgung abzusehen, wenn die Tat nicht so

33) Morschbach aaO S. 941

34) Willigmann aaO S. 1748; Krause aaO S. 216

35) Willigmann aaO

36) Welche andere Möglichkeiten der Klarstellung gegeben sind, kann hier nicht untersucht werden. Es soll nur aufgezeigt werden, daß es möglich ist, die Voraussetzungen der Strafverfolgung näher zu bestimmen und transparenter zu machen.

schwer wiegt und deswegen eine "Sühne" nicht "unerlöblich" ist ³⁷⁾. Die Ausgestaltung des § 154c StPO als Kann-Vorschrift muß beim Opfer zusätzlich Verwirrung stiften. Welche Überlegungen neben der über die "Unerlöblichkeit der Sühne" stellt die Staatsanwaltschaft denn noch an? Die Hemmungen, die Erpressung anzuzeigen, werden dadurch nicht gemindert, sondern verstärkt. Abgesehen davon wird die Formulierung der Forderung, daß die Staatsanwaltschaft nach "objektiven, transparenten Kriterien" zu entscheiden habe, nicht gerecht ³⁸⁾.

Obwohl verschiedentlich festgestellt wird, daß dieser Sachverhalt zur geringen praktischen Bedeutung des § 154c StPO wesentlich beiträgt, wird einheitlich die Fassung des § 154c StPO als Kann-Vorschrift akzeptiert ³⁹⁾. Aus zwei Gründen sieht man sich zur Einräumung eines Ermessensspielraums gezwungen:

Einmal müsse sichergestellt sein, daß die Tat des Erpreßten verfolgt werden könne, wenn ihr Unrechtsgehalt gänzlich außer Verhältnis zur Tat des Erpressers stehe ⁴⁰⁾, ohne daß ein Fall der "Unerlöblichkeit der Sühne" vorliege. Dabei ist man sich weitgehend einig darüber, daß eine großzügige Handhabung des § 154c StPO geboten ist, daß auch dann von Strafverfolgung abgesehen werden kann, wenn die Tat des Erpreßten strafwürdiger ist als die des Erpressers ⁴¹⁾; Dies entspricht auch den Intentionen des Gesetzgebers. Auf dieser Basis ist aber eine Lösung denkbar, die das Entscheidungs-

37) vgl. Morschbach aaO S. 940

38) Zipf in Festschrift für Peters 1974 S. 500; s. u. 5.

39) Peters, Strafprozeß, S. 150; Krause aaO S. 216

40) Krause aaO; vgl. den Beispielsfall dort Fußn. 5

41) h.M. Kohlhaas in Löwe-Rosenberg aaO § 154c Anm 1; Eb. Schmidt aaO § 154c Rdn 1, 5; Willigmann aaO S. 1748; Schmöe aaO S. 212; Krause aaO S. 217; dagegen Morschbach aaO und RiStBV Nr. 87 Abs. 1 Satz 2. Zu den Intentionen des Gesetzgebers Schlüter aaO S. 2332

kriterium mit in den Wortlaut des § 154c StPO einbezieht und die Kann-Fassung entbehrlich macht: Die Formulierung "... die Staatsanwaltschaft kann absehen" wird ersetzt durch "... die Tat wird nicht verfolgt, wenn nicht ihr Unrechtsgehalt gänzlich außer Verhältnis zur Tat der Nötigung oder Erpressung steht..."⁴²⁾. Damit kann klargemacht werden, welcher Maßstab neben der "Unerlößlichkeit der Sühne" bei der Entscheidung der Staatsanwaltschaft noch eine Rolle spielt.

Zum anderen führen die Befürworter der Kann-Fassung die Gefahr des Mißbrauchs an, wenn dem Erpreßten grundsätzlich Straffreiheit zugesichert wird⁴³⁾. Eine solche Regelung könnte dazu führen, daß etliche Täter fälschlich behaupten, wegen ihrer Taten erpreßt zu werden, und damit sich einen "billigen Freibrief"⁴⁴⁾ verschaffen können. Dazu ist zu bemerken, daß mit dieser Gefahr des Mißbrauchs auch nach der jetzigen Regelung gerechnet werden muß. Tauchen Zweifel auf an der Richtigkeit der Anzeige, so können diese Zweifel nicht mit Hilfe der Kann-Vorschrift überspielt werden. Die Entscheidung, eine Strafverfolgung trotz der Anzeige wegen Zweifeln an der Richtigkeit der Anzeige durchzuführen, wäre unzulässig, weil ermessensmißbräuchlich. Der richtige Weg wäre, zunächst ein Verfahren wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung nach § 145d StGB oder § 164 StGB einzuleiten, wenn die Zweifel tatsächlich so stark sind. Wenn nicht, wäre eben im Normalfall von Strafverfolgung abzusehen.

42) weiter wie Gesetzeswortlaut mit Zusatz von Willigmann aaO S. 1748, s. o. S. 69

43) Krause aaO S. 216; Peters, Strafprozess, 2. Aufl. 1966 S. 150

44) Krause aaO S. 216

Im Übrigen darf die Gefahr des Mißbrauchs nicht überschätzt werden. Die Aufklärungsmethoden sind moderner geworden, so daß die Vortäuschung einer Straftat auch leichter entdeckt werden kann. Ausserdem: Die Entscheidung nach § 154c StPO erwächst ja nicht in Rechtskraft, so daß der Täter niemals sicher sein kann vor einer Wiederaufnahme. Der Vertrauensschutz, der ansonsten dagegenstehen kann, würde hier nicht eingreifen⁴⁵⁾. Festzuhalten ist, daß bereits die Fassung des § 154c StPO ungeeignet ist, die Anzeigebereitschaft wesentlich zu fördern. Dieses Ziel kann durch eine Änderung der Bestimmung erreicht werden.

Abgesehen davon konnte der Zweck der Vorschrift bisher nicht erreicht werden, weil sie von der Staatsanwaltschaft zu eng ausgelegt wird. Nach dem Willen des Gesetzgebers von 1935 sollte, damit die Anzeigebereitschaft des Opfers tatsächlich gefördert wird, nur dann eine Strafverfolgung stattfinden, wenn sie "unerlässlich" ist, wobei "unerlässlich" den "höchsten Grad der Notwendigkeit" bedeuten sollte⁴⁶⁾. Auch der Gesetzgeber von 1950, der zuletzt ohne wirkliche sachliche Änderung den § 154c StPO modifiziert hat, brachte zum Ausdruck, daß eine großzügige Handhabung geboten sei. Dies ergibt sich aus der abschließenden Beratung des Bundestagsausschusses, der die Strafverfolgungsmöglichkeit ausdrücklich auf "sehr schwerwiegende" strafbare Handlungen beschränkt wissen wollte⁴⁷⁾. Dies bedeutet, daß eine Abwägung in der Strafwürdigkeit zwischen der Straftat des Erpreßten und

45) vgl. Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 32. Aufl. 1975 § 154c Anm 4

46) Schlüter aaO S. 2332; Willigmann aaO S. 1748 mwN

47) Stenogr. Bericht Bd. 4 S. 2882

des Erpressers im Normalfall nicht stattzufinden hat, es sei denn beide Taten stehen sich in krassem Mißverhältnis gegenüber ⁴⁸⁾. Davon abzurücken verbietet sich heute umsomehr, als der Zeitraum noch größer geworden ist, in dem die Bestimmung des § 154c StPO keine praktische Bedeutung erlangt hat. Trotz dieser Erkenntnis schreibt Nr. 87 Abs. 1 Satz 2 RiStBV vor: "Das Verfahren soll aber nach § 154c StPO grundsätzlich nur eingestellt werden, wenn die Nötigung oder Erpressung strafwürdiger ist als die Tat des Genötigten oder Erpreßten". Überzeugende Gründe für diese enge Bindung der Staatsanwaltschaft gibt es nicht ⁴⁹⁾. Eine derartig enge Auslegung ist auch nicht damit begründbar, daß "die Staatsanwaltschaft ... nur der objektiven Wahrheit und der Gerechtigkeit zu dienen hat" ⁵⁰⁾. Wie das materielle Strafrecht haben die Strafverfolgungsorgane die Aufgabe, die soziale Ordnung aufrechtzuerhalten, d.h. daß auch sie kriminalpolitische Zielsetzungen wahrnehmen müssen ⁵¹⁾. Innerhalb dieser Zielsetzungen müssen sie freilich objektiv und gerecht vorgehen ⁵²⁾.

Schließlich wird die Vorschrift des § 154c StPO ihrem Zweck, die Anzeigeleidenschaft zu heben, wohl auch deswegen nicht gerecht, weil sie in der Öffentlichkeit zu wenig bekannt ist. ⁵³⁾ Diesem Mißstand wäre mit geeigneten Publikationen (Presse, Rundfunk, Fernsehen) zu begegnen.

48) vgl. oben S. 70

49) Krause aaO S. 217

50) so Morschbach aaO S. 940

51) vgl. oben S. 62f; Zipf, Kriminalpolitik, 1973 S. 29

52) Maiwald aaO S. 23

53) Willigmann aaO S. 1749; Krause aaO S. 216

4.1.1.2. bei "geringem öffentlichen Interesse"
an der Strafverfolgung

Jegliche staatliche Strafverfolgungsmaßnahme muß sich an der Aufgabe des materiellen Strafrechts, des Schutzes elementarer Rechtsgüter, messen lassen. Danach kann die staatliche Strafverfolgung unter Umständen unterbleiben, wenn der Eingriff in ein Rechtsgut im konkreten Fall nicht gravierend ist und eine Verfolgung kriminalpolitischen Zielsetzungen nicht förderlich wäre ¹⁾. Daraufhin sind die nachfolgenden Ausnahmen vom Legalitätsprinzip unter dem Stichwort "geringes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung" zu untersuchen.

4.1.1.2.1. bei Privatklagedelikten, §§ 376, 374 StPO

Nach § 376 StPO wird die öffentliche Klage wegen Privatklagedelikten gem § 374 StPO nur dann erhoben, wenn dies im "öffentlichen Interesse" liegt. Welche Kriterien zur Ausfüllung des Begriffs öffentliches Interesse heranzuziehen sind, ist unklar ²⁾. Nach den Richtlinien für das Strafverfahren Nr. 76 Abs. 2 RiStBV soll ein öffentliches Interesse iSd § 376 StPO "in der Regel vorliegen, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist, z.B. wegen des Ausmaßes der Rechtsverletzung, wegen der Rohheit oder Gefährlichkeit der Tat, der niedrigen Beweggründe des Täters oder der Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben".

1) vgl. oben S. 62f

2) vgl. Hanack, Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform, in Festschrift für Gallas 1973 S. 353 Fußn. 49

Diese beispielhafte Aufzählung legt es nahe, das öffentliche Interesse genauso zu bestimmen wie das Maß der Strafzumessungsschuld nach § 46 StGB. Das "Ausmaß der Rechtsverletzung" läßt sich unter die "Auswirkungen der Tat" iSd § 46 Abs. 2 StGB subsumieren, die anderen Beispiele unter die Merkmale "Art der Ausführung", "Beweggründe und Ziele" ³⁾. Tatsächlich sollen die Schuld des Täters und die Folgen der Tat das ausschließliche Kriterium für den Begriff öffentliches Interesse iSd § 376 StPO sein ⁴⁾, wobei die Folgen der Tat auch insoweit unverschuldet sein können ⁵⁾. Das eine Begriffsmerkmal ist also die Schuld des Täters, das andere die Folgen der Tat. Vogel spricht deswegen sogar - im Rahmen des § 153 StPO - von einem Oberbegriff "öffentliches Interesse" und einem Unterbegriff "geringe Schuld" ⁶⁾, legt aber das Hauptgewicht auf die Schuld, deren Maß er nach herkömmlichen Strafzumessungsgesichtspunkten bestimmen will ⁷⁾.

Gegen eine derartige Auffassung vom Begriff des öffentlichen Interesses sind jedoch aus verschiedenen Gründen Bedenken veranlaßt.

Einmal wird nicht ganz klar, welche Aufgabe die Bestimmung des § 383 Abs. 2 StPO noch haben soll, wenn die Frage, ob die Schuld gering ist oder nicht, bereits als hauptsächliches Moment bei der Bestimmung des öffentlichen Interesses in § 376 StPO eine Rolle spielt. § 383 Abs. 2 Satz 1 StPO besagt, daß das Gericht das (Privatklage-)Verfah-

3) vgl. Dreher, Strafgesetzbuch, 32. Aufl. 1970 § 13 Anm 5

4) Vogel, Das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" und seine prozessuale Bedeutung, Diss. München 1966 S.129

5) Vogel aaO S. 137; BGHSt 10, 259; Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 32. Aufl. 1975 § 153 Anm 2 B

6) Vogel aaO S. 203

7) Vogel aaO S. 131f; aA Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966 S. 213ff; Hanack aaO S. 354f

ren einstellen kann, wenn die Schuld des Täters gering ist. Konsequenterweise müßte dem Gericht eine derartige Befugnis versagt sein, wenn man öffentliches Interesse und Schuld so wie Vogel gleichsetzt. Vogel behilft sich damit, daß das Verschulden des Täters, das nach § 383 Abs. 2 Satz 1 StPO als gering bezeichnet werden kann, stets entsprechend niedriger als die Schuld anzusetzen sei, "die das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gemäß § 376 StPO beginnen läßt" ⁸⁾.

Dieser Konstruktion bedürfte es dann nicht, wenn man öffentliches Interesse und Schuld nicht gleichsetzen würde. Gerade mit der Einführung des Begriffs des öffentlichen Interesses sollte aber eine Differenzierung geschaffen werden. Dies zeigt z.B. die Entstehungsgeschichte des § 153 StPO aF auf. Der Vermittlungsausschuß hielt es nach der Begründung des Berichterstatters vor dem Bundesrat, Jahn, für notwendig, "daß neben der subjektiven Schuldvoraussetzung ... ein möglichst objektiver Maßstab, nämlich die Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Interesse gesetzt werden sollte" ⁹⁾. Das öffentliche Interesse in § 376 StPO kann also nicht einfach mit dem Maß der Strafzumessungsschuld identisch sein ¹⁰⁾. Entscheidender Gesichtspunkt bei der Verfolgung von Privatklagedelikten ist jedoch, ob der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört ist ¹¹⁾. Sicherlich kann darüber auch das Maß der Strafzumessungsschuld - zumindest teilweise - Aufschluß geben. Weitaus wichtiger ist jedoch die spezielle Prüfung, ob eben deswegen, weil der Rechtsfrieden

8) Vogel aaO S. 141; aA wohl Kunert in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung 22. Aufl. 1973 § 383 Anm 9 b

9) Stenogr. Ber. über die 275. Sitzung des Bundesrats vom 20. 11. 1964, S. 205 -A-

10) Hanack aaO S. 354, der dies am Beispiel des § 153a nF erörtert.

11) RiStBV Nr. 76 Abs. 2; vgl. Maiwald GA 1970 S. 47

über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört ist, Gesichtspunkte der Generalprävention im allgemeinen, daneben auch Gesichtspunkte der Spezialprävention die Erhebung der öffentlichen Klage gebieten ¹²⁾. Andererseits wäre es wiederum zu einfach, Schuld und öffentliches Interesse, solange man dem Begriff Schuld bei der Strafzumessung übertragende konstitutive Wirkung einräumt, streng zu trennen. Dieser Auffassung ist offenbar Kleinknecht ¹³⁾, der das öffentliche Interesse in Spezial- oder Generalprävention oder in der Gleichbehandlung liegen sieht, "aber auch in dem Interesse der Öffentlichkeit an der konkreten Tat oder in der Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben". Dies ist zwar (auch) richtig, die Erfordernisse des öffentlichen Interesses können jedoch nicht losgelöst von den spezifischen Gegebenheiten, die für die Bestimmung des Maßes der Schuld nach § 46 StGB eine Rolle spielen, gesehen werden ¹⁴⁾.

Danach sind die wesentlichen Kriterien für die Bestimmung des öffentlichen Interesses in § 376 StPO general- und spezialpräventive Gesichtspunkte, Gebote der Gleichbehandlung ¹⁵⁾. Daneben, eben (und nur) weil diese Gesichtspunkte oftmals Doppelfunktion haben, die in § 46 StGB aufgeführten Maßstäbe für die Bestimmung der Strafzumessungsschuld. Gerade die hauptsächliche Berücksichtigung general- und spezialpräventiver Aspekte im "öffentlichen Interesse" trägt dem Bedürfnis nach kriminalpolitisch ausgerichtetem Strafrecht Rechnung ¹⁶⁾.

12) vgl. Hanack aaO S. 355; Homann, Der Begriff des "öffentlichen Interesses" in den §§ 376, 153 StPO und 232 StGB, Diss. Göttingen 1971 S. 65ff

13) Kleinknecht aaO § 153 Anm 2 B

14) Hanack aaO S. 354 sieht "aus dieser Verschlungenheit ... kein Entrinnen".

15) Homann aaO S. 65ff. Der Genugtuungszweck hat außer Betracht zu bleiben; s. o. S. 43ff mN

16) Hanack aaO S. 355; vgl. oben S. 16ff

Aus kriminalpolitischen Motiven ließe sich sagen: Das öffentliche Interesse kann überhaupt nur dann gegeben sein, wenn sachgerechte präventive Gesichtspunkte vorhanden sind. Eine derartige Aussage ist umso eher anzuerkennen, je mehr man die konstitutive Bedeutung der Strafzumessungsschuld zurückdrängt und ihr nur limitierende Funktion einräumt ¹⁷⁾.

Wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört ist, sind präventive Überlegungen angezeigt. Die Öffentlichkeit beginnt Anteil zu nehmen an der strafbaren Handlung. Dies kann dadurch geschehen, daß der Verletzte eine bedeutende Stellung im öffentlichen Leben einnimmt, daß die Tat (wenn auch unverschuldete) Aufsehen erregende Folgen nach sich zieht, aber auch dadurch, daß die Ausführung der Tat über dem Normalmaß der Ausführung des jeweiligen Delikts liegt, etwa wegen der Rohheit der Tat ¹⁸⁾. Weil in diesen Fällen die Öffentlichkeit Anteil nimmt, sind vor allem generalpräventive Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Auch das Gebot der Gleichbehandlung ist bei der Prüfung des öffentlichen Interesses unter dem Aspekt der Generalprävention zu sehen. Die Begründung des öffentlichen Interesses sollte sich - auf dem Hintergrund eines strafrechtsfunktionalen Ansatzes - an kriminalpolitischen Zielen orientieren. Die Gleichbehandlung an sich ist noch kein kriminalpolitisches Ziel, sondern "lediglich" auszufüllendes Verfassungsgebot ¹⁹⁾. Von einer gleichmäßigen Strafverfolgung sind jedoch generalpräventive Wirkungen zu erwarten ²⁰⁾.

17) vgl. z.B. Roxin JuS 1966 S. 385

18) vgl. die Beispiele bei Homann aaO S. 66ff

19) vgl. oben S. 52f

20) Eb. Schmidt, Lehrkommentar Teil I, 2. Aufl. 1964 S. 217 Rdn 386; vgl. oben S. 34

Es fällt schwer, das öffentliche Interesse in § 376 StPO näher zu präzisieren und gar so weit zu gelangen, im Gesetzestext bestimmbare Fälle in Form unbestimmter Rechtsbegriffe als Hindernisse für die Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft zu formulieren ²¹⁾. Angesichts der Vielfalt der möglichen zu regelnden Fälle ist daran kaum zu denken. Es soll allerdings auf einen Grundgedanken hingewiesen werden, der bei der Ausgestaltung bestimmter Delikte als Privatklagedelikte eine übertragende Rolle gespielt hat:

Bei den Privatklagedelikten handelt es sich weitestgehend um Antragsdelikte ²²⁾. Das Antragserfordernis läßt sich auf ein allen Gruppen innewohnendes Versöhnungsprinzip zurückführen. Mit diesem "Strafhinderungsrecht" ²³⁾ soll die Möglichkeit eingeräumt werden, den Rechtsfrieden durch eine Versöhnung des Täters mit dem Opfer wiederherzustellen ²⁴⁾. Diese Möglichkeit kann naturgemäß nur bei Delikten geboten werden, deren Begehung in der Regel den Rechtsfrieden der Allgemeinheit unangestastet läßt, da ansonsten präventive Gesichtspunkte dem Antragserfordernis entgegenstehen. Daraus ist für die Strafverfolgung von Privatklagedelikten zu entnehmen, daß regelmäßig das öffentliche Interesse an der Erhebung der öffentlichen Klage fehlt, d.h. eine Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft nur ausnahmsweise in Frage kommt ²⁵⁾. Zumindest dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis sollte in § 376 StPO zum Ausdruck kommen. Ob dazu das Wörtchen "nur" in der jetzigen Fassung des § 376 StPO genügt, mag bezweifelt werden.

21) vgl. zu dieser Forderung Zipf, in Festschrift für Peters 1974 S. 501 Fußn. 44

22) s. o. S. 43

23) Thomsen, s.o. S. 44

24) Maiwald GA 1970 S. 36

25) im Ergebnis ebenso Vogel aaO S. 130

Oben wurde dargestellt, daß die Bejahung oder Verneinung des öffentlichen Interesses in § 376 StPO ausschließlich basiert auf Zwecken, die das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht berühren, also auf vorgestellten strafrechtlichen Funktionen²⁶⁾. Außerstrafrechtliche Zweckmäßigkeitserwägungen und prozeßökonomische Gesichtspunkte haben außer Betracht zu bleiben²⁷⁾. Diese einhellig vertretene Auffassung führt gleichwohl zu unterschiedlichen Bewertungen der Rechtsnatur des öffentlichen Interesses. Der Begriff des öffentlichen Interesses wird vom Überwiegenden Teil der Literatur als Ermessensbegriff angesehen²⁸⁾, von einer Mindermeinung dagegen als unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum^{29) 30)}.

Der Unterschied zwischen Ermessensbegriff und unbestimmtem Rechtsbegriff läßt sich mit Krümpelmann so darstellen: Beim unbestimmten Rechtsbegriff sind Wertungen des Gesetzes auf den einzelnen Fall hin zu spezialisieren. Das Ermessen dagegen ist zwar auch als "pflichtgemäßes Ermessen" gesetzlich gebunden, doch bei nach allgemeinen Maßstäben gleichwertigen Alternativen kommt es auf die eigene schöpferische Initiative des Sachbearbeiters an; ihm ist dann die Auswahl zwischen allen vom Recht gegebenen Möglichkeiten überlassen³¹⁾.

26) ebenso Krümpelmann aaO S. 219; Vogel aaO S. 129

27) Vogel aaO; vgl. auch Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung 22. Aufl. 1971 § 154 Anm 3

28) Kunert in Löwe-Rosenberg aaO § 376 Anm 2; Eb. Schmidt aaO Rdn 396; Peters, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966 S.502; Krümpelmann aaO S. 219; bis zur 28. Aufl. Kleinknecht, Strafprozeßordnung, § 376 Anm 1

29) F.C. Schroeder, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute, in Festschrift für Peters 1974 S. 416; Vogel aaO S. 165; seit der 29. Aufl. Kleinknecht aaO § 376 Anm 1

30) Zu diesem Streit ist nur kurz Stellung zu nehmen. Eine ausführliche Untersuchung ist hier unnötig und würde den Rahmen der Arbeit sprengen.

31) siehe Fußnote 31 auf S. 81

Handelt es sich dagegen um einen unbestimmten Rechtsbegriff, kann nur eine Lösung die richtige sein, weil eben kein (voluntatives) Ermessen eingeräumt ist ³²⁾. Allerdings stellt die Lehre vom Beurteilungsspielraum dem "voluntativen" (Verhaltens-) Ermessen ein "kognitives" (Beurteilungs-) Ermessen gegenüber ³³⁾. Bei ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen verfüge das rechtsanwendende Organ bei der Subsumtion über eine gewisse Wertungsfreiheit mit der Folge, daß es nicht zur Vornahme des "einzig richtigen Subsumtionsschlusses" verpflichtet sei, sondern nur auf grund einer pflichtgemäßen Beurteilung in vertretbarer Weise über die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes zu befinden habe ³⁴⁾.

Um auf den gemeinsamen Ansatz zurückzukehren: Vogel folgert letzten Endes daraus, daß die Beurteilung des öffentlichen Interesses von außerstrafrechtlichen Zweckmäßigkeitserwägungen freigehalten wird, daß das öffentliche Interesse in § 376 StPO ein unbestimmter Rechtsbegriff ist. Der Begriff öffentliches Interesse ermächtige in diesem Fall nämlich nicht zu Strafverfolgungszwecken, die nur ermessensmäßig abzuwägen seien ³⁵⁾. Verkürzt ausgedrückt: Weil das öffentliche Interesse in § 376

31) Krümpelmann aaO S. 217; vgl. Lamm, zit. bei Engisch, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., 1971 S. 114: "Wo den Organen der vollziehenden Gewalt freies Ermessen eingeräumt ist, sind sie ermächtigt, nach ihrer eigenen pflichtgemäßen Ansicht und ihrem eigenen pflichtgemäßen Wollen selbst zu bestimmen, was der nächste, unmittelbare Zweck ihres Handelns sein soll". Vgl. auch Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff", 1960 S. 40

32) Krümpelmann aaO S. 217; Vogel aaO S. 9

33) Obermayer BayVB1 1975 S. 257 mwN

34) Obermayer aaO

35) Vogel aaO, S. 125, S. 127ff, S. 165

StPO von strafrechtlichen Zwecken beherrscht sei, sei es ein unbestimmter Rechtsbegriff. Dem könnte entgegengehalten werden: Das Strafrecht und das Strafverfahrensrecht werden ganz allgemein vom öffentlichen Interesse beherrscht ³⁶⁾. Daraus folgt, daß es da, wo es ausdrücklich im Gesetz genannt wird, in besonders gesteigertem Maße gegeben sein muß ³⁷⁾. Gerade weil das öffentliche Interesse in § 376 StPO lediglich ein "Steigerungsbegriff" ist, kann es kein Rechtsbegriff sein. Das Steigerungsmoment allein führt nicht zu den notwendigen Grenzen, die ein Rechtsbegriff haben muß ³⁸⁾. Vielmehr sind dieselben Zwecke ausschlaggebend für die Beurteilung des öffentlichen Interesses in § 376 StPO wie für das Strafrecht allgemein. Daraus folgt aber, daß eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft, die nicht die öffentlichen Interessen wahrnimmt, außerhalb ihrer Zuständigkeit und daher ermessensfehlerhaft wäre ³⁹⁾.

Freilich: Die unterschiedliche Einstufung des öffentlichen Interesses einmal als Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum, zum anderen als Ermessensbegriff, macht keinen wesentlichen praktischen Unterschied aus ⁴⁰⁾. Ein Vergleich der (voluntativen) Ermessensbetätigung mit der Beurteilungsfreiheit bei der Feststellung der Verwirklichung von Tatbestandsvoraussetzungen, die durch unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt sind, läßt eine Gleichartigkeit des erforderlichen Denkprozesses erkennen ⁴¹⁾. Beidesmal ist sachverständig zu urteilen. In beiden Fällen sind die verschiedenen Gesichtspunkte

36) Roesen NJW 1954 S. 866

37) Roesen aaO; Krümpelmann aaO S. 219; Kanka MDR 1965 S.24

38) Krümpelmann aaO

39) Krümpelmann aaO

40) bereits Ehmke aaO S. 40

41) Obermayer aaO S. 261

vertretbar gegeneinander abzuwägen. In beiden Fällen gelten daher gemeinsame Rechtsregeln hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der getroffenen Entscheidungen 42).

4.1.1.2.2. bei Fällen mit Auslandsbeziehung

Nach der Fassung des StGB vom 2. Januar 1975 ist einer der maßgeblichen Anknüpfungspunkte für die Strafbarkeit das Territorialprinzip. Danach gilt grundsätzlich das deutsche Strafrecht für Taten, die im Inland begangen werden, § 3 StGB. Dieses Prinzip wird durch die §§ 4 bis 7 StGB insofern modifiziert, als auch gewisse Auslandstaten von der Geltung des StGB erfaßt werden, wobei teilweise im Sinne des früher in § 3 StGB aF verankerten Personalprinzips zwischen Taten eines Deutschen und Taten eines Ausländers unterschieden wird (z.B. in § 7 Abs. 2 StGB).

Das materielle Strafrecht umfaßt demnach einen sehr weiten Geltungsbereich. Es liegt nun aber auf der Hand, daß es - kriminalpolitisch gesehen - unnötig sein kann, in bestimmten Fällen auf Bestrafung zu drängen, insbesondere in Fällen mit Auslandsbeziehung, etwa wenn durch eine Straftat kein Rechtsgut im Inland verletzt oder gefährdet wurde oder ein Ausländer eine Straftat begeht und anderweitig mit einer Aburteilung zu rechnen hat. Derartige Fälle mit Auslandsbeziehung werden verfahrensrechtlich von den §§ 153c Abs. 1 und 154b StPO erfaßt und der Geltung des strikten Legalitätsprinzips entzogen.

42) Obermayer aaO S. 262

4.1.1.2.2.1. zu § 153c Abs. 1 StPO

Der jetzige § 153c StPO wurde mehrere Male geändert, zuletzt durch das Achte Strafrechtsänderungsgesetz v. 25. 6. 1968 (damals noch § 153b StPO) und durch das EGStGB v. 2. 3. 1974. Beide Male wurde der Anwendungsbereich in § 153c Abs. 1 StPO zugunsten des Opportunitätsprinzips erweitert.

Besondere Bedeutung kommt dabei der Bestimmung des § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO zu. Nach der vor 1968 geltenden Fassung des damaligen § 153b Abs. 1 Nr. 1 StPO konnte die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung einer Tat absehen, die "ein deutscher Staatsangehöriger im Ausland" begangen hat. Das Achte Strafrechtsänderungsgesetz erstreckte diese Regelung einmal auf alle Täter, unabhängig von der Staatsangehörigkeit, zum anderen auf alle Straftaten, die "außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs" der StPO begangen worden sind. Mit dieser bis heute gültigen Neuregelung sollte auch die Verfolgung von Taten, die in der DDR begangen worden sind, dem strikten Legalitätsprinzip entzogen werden. Die DDR wird weiterhin als Inland angesehen, das jedoch nicht zum räumlichen Geltungsbereich des Gesetzes zählt ⁴³⁾.

Von Gewicht ist ferner § 153c Abs. 1 Nr. 3 StPO. Danach liegt die Strafverfolgung von Taten, die bereits im Ausland vollstreckt worden sind, im pflichtgemäßen Ermessen der Staatsanwaltschaft, wenn die zu erwartende Inlandsstrafe gegenüber der vollstreckten nicht ins Gewicht fällt. Dasselbe gilt, wenn der Beschuldigte wegen einer Tat im Ausland bereits rechtskräftig freigesprochen wurde.

43) Lüttger JZ 1964 S. 573; Krauth-Kurfess-Wulf JZ 1968 S. 733

Nimmt man alle von § 153c Abs. 1 StPO geregelten Fälle zusammen, läßt sich einheitlich feststellen, daß sich jeweils das verletzte Rechtsgut außerhalb der Grenzen der BRD befindet. Dies macht den entscheidenden Unterschied zu den Fällen des § 153c Abs. 2 StPO aus. Dort handelt es sich um sog. Distanztaten, mit denen der Täter in den räumlichen Geltungsbereich des Gesetzes hineinwirkt⁴⁴⁾. Wo dies nicht der Fall ist, sind die Interessen der BRD und ihrer Bürger in vielen Fällen nicht betroffen. Das Strafrecht kann und soll nur dazu beitragen, innerhalb eines bestimmten Rahmens, einer bestimmten Gesellschaft, soziale Kontrolle auszuüben. Hierfür unter generalpräventiven Gesichtspunkten strikte Strafverfolgung zu verlangen, ist oft verkehrt. In nur wenigen Fällen wird etwa die Tat eines Deutschen außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs der bundesrepublikanischen Öffentlichkeit bekannt. Sie würde es erst durch Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft und eventueller Verurteilung in der BRD. Diese nur mittelbare Kenntnis darf eben dort nicht überbewertet werden, wo Rechtsgüter außerhalb der BRD verletzt werden. Insofern ist eine unbedingte Strafverfolgung überflüssig, da weder in der Regel Grund genug für Abschreckung zu erkennen ist noch die erhoffte Wirkung eintritt. Dies gilt insbesondere für wenig schwerwiegende Delikte. Im Regelfall dürfte das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung - aus generalpräventiven Gründen - im Falle des § 153c Abs. 1 nur dann gegeben sein, wenn gravierende Delikte zur Verfolgung anstehen⁴⁵⁾.

44) Krauth-Kurfess-Wulf aaO S. 733

45) vgl. RiStBV Nr. 84b Abs. 1; Krauth-Kurfess-Wulf aaO

Hinzu kommt, daß die nach dem StGB unter Strafe gestellte Tat, die außerhalb des Geltungsbereichs begangen worden ist, regelmäßig dort verfolgt werden kann und wird, zumindest die Tat eines dortigen Staatsangehörigen ⁴⁶⁾. Dann aber ist für generalpräventive Überlegungen zugunsten der Strafverfolgung durch die hiesige Staatsanwaltschaft nur noch ein schmaler Rahmen eröffnet. Dies gilt insbesondere für die von § 153c Abs. 1 Nr. 3 StPO erfaßten Fälle.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, daß die BRD gegenübern Ausländern oder DDR-Bürgern nicht mit derselben Entschiedenheit die Befolgung von Geboten unserer Rechtsordnung verlangen kann, wenn sie andererseits nicht in der Lage ist, jenen durch die Rechtsordnung der BRD ausreichend Schutz zu gewähren ⁴⁷⁾. Keine rigide, sondern nur eine großzügige Handhabung der "sozialen Kontrolle" durch das bundesrepublikanische Strafrecht könnte von ihnen verstanden werden. Schließlich würde eine unbedingte Strafverfolgungspflicht auch nicht den Konflikten von Bürgern der DDR gerecht, die daher rühren, daß unterschiedliche Gebote und Verbote in den Rechtsordnungen der beiden deutschen Staaten bestehen, gleichwohl aber das StGB für sie Geltung beansprucht, vgl. § 3 StGB ⁴⁸⁾.

4.1.1.2.2. zu § 154b StPO

Nach § 154b StPO kann von Klageerhebung abgesehen werden, wenn der Beschuldigte einer ausländischen Regierung ausgeliefert oder aus der BRD ausgewiesen wird. In beiden Fällen wird nur die Tat eines

46) Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 32. Aufl. 1975
§ 153c Anm 4

47) Krauth-Kurfess-Wulf aaO; Gallas ZStW 80 (1968) S. 15

48) Krauth-Kurfess-Wulf aaO; Gallas aaO

Ausländers erfaßt, da ein Deutscher weder ausgeliefert noch ausgewiesen werden kann, Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG. Die Vorschrift ist aber auch gegenüber DDR-Bürgern anwendbar ⁴⁹⁾.

Die Einschränkung des Legalitätsprinzips in § 154b StPO wird teilweise mit prozeßökonomischen Argumenten begründet. Ratz ⁵⁰⁾ sieht den Zweck des § 154b StPO in einer "Vereinfachung und Beschleunigung der Rechtspflege und Verhütung einer unnötigen Belastung aller Beteiligten - auch der Staatsanwaltschaft - mit überflüssigem Prozeßstoff" ⁵¹⁾.

Sicher ist, daß dieser Effekt bei einer positiven Anwendung des § 154b StPO eintritt. Die Zielsetzung kann auch kriminalpolitisch abgesichert werden. Wenn der Beschuldigte ausgewiesen oder ausgeliefert wird oder auch durch eine freiwillige Rückkehr in den Machtbereich einer ausländischen Regierung gelangt ⁵²⁾, dann fehlt in der Regel der deutschen Strafjustiz das Interesse an der Verfolgung des Täters ⁵³⁾. Eine Strafverfolgung ist in diesen Fällen oft deswegen unnötig, weil die notwendige soziale Kontrolle auf andere Weise, nicht unbedingt milder, ausgeübt wird, nämlich durch totale Ausgliederung aus der bundesrepublikanischen Gesellschaft. Dabei muß der Beschuldigte in vielen Fällen damit rechnen, daß er darüber hinaus von seinem Heimatstaat strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird. Die Ausweisung oder Auslieferung als eine Art außerstrafrechtlicher Sanktion

49) Kleinknecht aaO § 154b Anm 1

50) Ratz NJW 1970 S. 1669

51) ebenso RiStBV NF. 82 Abs. 2 Satz 1

52) § 154b StPO ist in diesem Fall analog anwendbar; vgl. Ratz aaO; Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I 1957 § 154b Anm 1 und 2

53) Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, 13. Aufl. 1975 S. 60

auf strafrechtlich relevantes Verhalten hat zumindest gegenüber Ausländern, die sich in der BRD aufhalten, bedeutende generalpräventive Wirkung. Eine daneben laufende Strafverfolgung durch die bundesdeutsche Staatsanwaltschaft ist deswegen oft - kriminalpolitisch gesehen - unnötig. Gerade wegen dieses Tatbestandes ist eine Einschränkung des Legalitätsprinzips notwendig. Die "Vereinfachung und Beschleunigung der Rechtspflege" fällt insoweit nur als (freilich nützliches) Nebenprodukt an.

Festzuhalten bleibt, daß sich das in § 154b StPO eingeräumte Ermessen vor allem an generalpräventiven Überlegungen zu orientieren hat. Dies bedeutet, daß in der Regel lediglich gravierende Delikte zu verfolgen sind, da die Verfolgung von leichter wiegenden Taten neben der totalen Ausgliederung aus der bundesrepublikanischen Gesellschaft keine bedeutungsvoll zunehmende generalpräventive Wirkung hat. Eine Einschränkung dieses Grundsatzes dürfte dann angezeigt sein, wenn es auf den Beschuldigten sowie auf eine diesem vergleichbare in der BRD lebende Gruppe keinen Eindruck macht, die BRD verlassen zu müssen.

4.1.1.2.3. bei sog. Geringfügigkeitsdelikten

Die in Theorie und Praxis gleichsam bedeutendste Ausnahme vom strengen Legalitätsprinzip besteht für die sog. Geringfügigkeitsdelikte. Nach § 153 Abs. 1 Satz 1 StPO kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Gerichts von der Verfolgung von Vergehen absehen, "wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Inter-

esse an der Verfolgung besteht" ⁵⁴⁾. Liegt bei geringer Schuld gleichwohl ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung vor, kann dennoch eingestellt werden, wenn dem Beschuldigten gegenüber bestimmte Auflagen, in der Regel Geldauflagen ⁵⁵⁾, festgesetzt werden, weil dadurch das öffentliche Interesse beseitigt werden kann, § 153a StPO. Die letztere Bestimmung wurde erst durch Art. 21 EGStGB vom 2. 3. 1974 in die StPO aufgenommen und bereits während ihrer Entstehung scharf kritisiert ⁵⁶⁾. Der neben diesen beiden Vorschriften in diesem Zusammenhang bedeutsame § 153b StPO entspricht inhaltlich gleich dem § 153a StPO aF.

Zwei Merkmale sind danach für die Eröffnung der Einstellungsbefugnis vor allem von Bedeutung: Zum einen muß die Schuld des Täters als gering anzusehen sein, zum anderen darf kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bestehen. Diese beiden Begriffe, "geringe Schuld" und "fehlendes öffentliches Interesse", gegeneinander abzugrenzen, bereitet große Schwierigkeiten ⁵⁷⁾. Es ist davon auszugehen, daß sowohl Strafrecht wie Strafprozeßrecht überhaupt vom öffentlichen Interesse beherrscht werden ⁵⁸⁾. Strafandrohung sowie Strafverfolgung müssen sich gründen lassen auf ein öffentliches Interesse; sonst sind sie fehl am Platz. Darauf aufbauend könnte leicht gefolgert werden, daß die Geringfügigkeit der Schuld nur ein Beispiel für ein fehlendes öffentliches Interesse ist, daß also das Fehlen des öffentlichen Interesses

54) Zu den Besonderheiten siehe näher § 153 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 StPO; dazu Dencker JZ 1973 S. 146ff

55) Odersky BayVB1 1975 S. 35

56) BGB1 I/Nr. 22 S. 508f; vgl. Dencker aaO S. 144ff; Hanack aaO S. 349f

57) vgl. oben S. 75f

58) Roesen aaO S. 866; Kanka aaO S. 248

der Oberbegriff und die geringe Schuld der Unterbegriff sind ⁵⁹⁾. Dieser Schritt wird jedoch zumeist nicht vollzogen. In aller Regel werden die beiden Begriffe, weil sie etwas Verschiedenes bedeuten, als gleichrangig betrachtet und oft isoliert erörtert ⁶⁰⁾.

Zu berücksichtigen ist dabei, daß erst im Jahre 1964 das Merkmal "öffentliches Interesse" in die Bestimmung des § 153 StPO eingeführt wurde und die alte Klausel von den "unerheblichen Tatfolgen" ersetzte. Aus der Entstehungsgeschichte geht hervor, daß das öffentliche Interesse "neben der subjektiven Schuldvoraussetzung" einen möglichst "objektiven Maßstab" setzen sollte ⁶¹⁾. Dementsprechend kann davon ausgegangen werden, daß der Begriff des öffentlichen Interesses "nur begrenzende, nicht individualisierende Zwecke" verfolgt ⁶²⁾. Gleichwohl kann nach geltendem Recht eine scharfe Abgrenzung zur "geringen Schuld" nicht vollzogen werden: Gemäß § 46 Abs. 2 StGB sind freiwillige Leistungen zur Schadenswiedergutmachung bei der Beurteilung der Größe der Schuld zu berücksichtigen. Sie sind jedoch auch Kriterien für die Bemessung des öffentlichen Interesses, wie sich aus § 153a StPO ergibt ⁶³⁾.

59) so Vogel aaO S. 203; s. o. S. 75

60) z.B. Naucke, Der Begriff der "geringen Schuld" (§ 153 StPO im Straftatsystem, in Festschrift für Maurach 1972 S. 197ff; Cramer, Ahndungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch, Festschrift für Maurach 1972 S. 487ff; Dencker aaO S. 146ff; Boxdorfer NJW 1976 S. 317ff

61) s.o. S. 76 Fußnote 9

62) Krümpelmann aaO S. 214f

63) vgl. Hanack aaO S. 348. Interessant ist der zunächst eingebrachte Entwurf eines EGStGB vom 4. 4. 1972 in § 153a StPO. Dort heißt es nach der Aufzählung der zulässigen Auflagen nur: "..., wenn dies geeignet ist, die Hindernisse zu beseitigen, die der Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO entgegenstehen", BT-Drucksache VI/3250 S. 39; der Entwurf war sich also, wie sich auch aus der Begründung, S. 285, ergibt, der doppelten Bedeutung der Schadenswiedergutmachung wohl bewußt.

Diese Doppeldeutigkeit, die auch schon vor Inkrafttreten des neuen § 153a StPO zum 1. 1. 1975 bestand ⁶⁴⁾, sollte jedoch kein Hinderungsgrund sein, die beiden Begriffe vom "öffentlichen Interesse" und der "geringen Schuld" getrennt zu untersuchen. Im Gegenteil, nur so können sie zweckmäßigerweise erörtert werden.

Gegenstand der hier unter diesem Abschnitt anzustellenden Erörterung ist zunächst die Bedeutung des öffentlichen Interesses in §§ 153, 153a StPO. Es stellt sich die Frage, welche Kriterien ausschlaggebend dafür sein können, bei geringer Schuld von Strafverfolgung aus kriminalpolitischen Gründen abzusehen, ohne Berücksichtigung der anderen Frage, ob nicht bereits wegen "geringer Schuld" die Ahndungsbedürftigkeit und damit das Interesse an einer Strafverfolgung im weiteren Sinne entfällt ⁶⁵⁾.

Oben, bei der Untersuchung des öffentlichen Interesses in § 376 StPO, wurde bereits dargelegt, daß die wichtigsten kriminalpolitischen Faktoren die Gesichtspunkte der General- und Spezialprävention sind ⁶⁶⁾. Diese Aspekte werden vor allem auch zur Kennzeichnung des öffentlichen Interesses in § 153 StPO genannt. Nach Hanack ⁶⁷⁾ bezeichnet das öffentliche Interesse "insbesondere Anliegen einer irgendwie gearteten Prävention, sei es nun im Sinne einer General- oder Spezialprävention" ⁶⁸⁾.

Unter generalpräventiven Gesichtspunkten ist einmal entscheidend, wie groß das Interesse der Öffentlichkeit an der konkreten Tat ist ⁶⁹⁾. Wird

64) vgl. § 13 Abs. 2 Satz 2 StGB aF; Hanack aaO S. 352; Kleinknecht, StPO, 29. Aufl. 1970 § 153 Anm 2 A

65) Diese letzten Endes materiellrechtliche Frage ist unten bei 4.1.2. zu behandeln.

66) s. o. S. 77ff

67) Hanack aaO S. 347

68) ebenso Homann aaO S. 78ff; Boxdorfer aaO S. 319

69) vgl. oben S. 78; Kleinknecht aaO § 153 Anm 2 B

die Tat von der Öffentlichkeit kaum wahrgenommen, können mit der Strafverfolgung auch kaum generalpräventive Zwecke verfolgt werden ⁷⁰⁾. Die Verfolgung hat keine Wirkung nach außen, sie ist ineffektiv. Gerade Delikte mit "geringer Schuld" dringen nur ausnahmsweise an die große Öffentlichkeit, da solche Vergehen nur selten Informationsmedien interessieren. Kenntnis darüber besteht zumeist nur im nächsten Verwandten- und Bekanntenkreis des Täters und des Verletzten. Diese Kenntnis ist freilich nicht allzu gering einzuschätzen ⁷¹⁾; sonst könnte kaum erklärt werden, warum bei der "kleinen Kriminalität" überhaupt generalpräventive Wirkungen zu erwarten sind ⁷²⁾. Wird die Kenntnis von der konkreten Tat durch Massenmedien einem größeren Publikum vermittelt ⁷³⁾, steigt natürlich das Interesse der Allgemeinheit an der Tat. Hier wäre eine Strafverfolgung aus generalpräventiven Gründen umso eher zweckmäßig, ganz abgesehen von der bei § 153 StPO generell anzustellenden Frage, ob sie aus sonstigen Gründen, insbesondere aus materiellrechtlichen Erwägungen heraus, berechtigt ist ⁷⁴⁾.

Das Interesse der Öffentlichkeit wird auch durch die Erheblichkeit der Tatfolgen bestimmt ⁷⁵⁾. Sind die Folgen der Tat außergewöhnlich, wird die Anteilnahme auch nur der dem Verfahren Nahestehenden generalpräventiv bedeutsam. Abgesehen davon, daß bei außergewöhnlichen Folgen die Tat ohnedies rasch einem größeren Kreis publik wird, scheint es notwendig, besonders den Nahestehenden zu zeigen, daß sich gerade in diesen Fällen die "Rechtsordnung bewährt". Zweifelhaft kann nur sein, ob dies auch

70) vgl. Zipf aaO S. 496f

71) vgl. Dencker aaO S. 147

72) s. o. S. 24

73) etwa im sog. Contergan-Verfahren; zu dem Einstellungsbeschluß siehe LG Aachen JZ 1971 S. 507, S. 517ff

74) dazu unten 4.1.2.

75) vgl. Boxdorfer aaO S. 320; Hanack aaO S. 352; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971 § 153 Anm 4

dann gilt, wenn die außergewöhnlichen Tatfolgen dem Täter nicht als Schuld zuzurechnen sind ⁷⁶⁾. Zu berücksichtigen ist einmal, daß die Erheblichkeit des Interesses der Öffentlichkeit an der Tat nicht davon abhängig ist, ob deren Folgen verschuldet oder unverschuldet sind. Zum anderen sind diejenigen, die an der Tat Anteil nehmen, oft nicht in der Lage, diese Frage zu beantworten. Von daher scheint es - generalpräventiv - geboten, Taten mit außergewöhnlichen Folgen, ob verschuldet oder unverschuldet, unter dem Gesichtspunkt des § 153 StPO prinzipiell gleich zu behandeln ⁷⁷⁾.

Werden der durch die Tat verursachte Schaden (teilweise) wiedergutmacht und damit die Folgen der Tat (soweit möglich) beseitigt, kann das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung aus generalpräventiven Gesichtspunkten ganz entfallen. Dies folgt aus der oben angestellten Erörterung. Deshalb waren bereits unter der Geltung des § 153 StPO aF bis zum 31. 12. 1974 freiwillige Leistungen zur Schadenswiedergutmachung dort zu berücksichtigen ⁷⁸⁾.

Nunmehr wird aus der Fassung des neuen § 153a StPO ersichtlich, daß Leistungen zur Schadenswiedergutmachung das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung beseitigen können, § 153a Abs. 1 Nr.1 StPO. Allerdings werden im Falle des § 153a StPO diese Leistungen dem Beschuldigten (mit dessen Zustimmung) "auferlegt". § 153a StPO bietet also die Möglichkeit "einer vergleichsähnlichen Beendigung des öffentlichen Strafverfahrens" ⁷⁹⁾. Der Beschuldigte

76) Bejahend Kleinknecht aaO; BGHSt 10, 259

77) ebenso wohl Krümpelmann aaO S. 214f

78) Hanack aaO S. 348; Kohlhaas in Löwe-Rosenberg aaO § 153 Anm 4

79) Dencker aaO S. 149

kann sich die Einstellung des Verfahrens, als Verfahrenshindernis, § 153a Abs. 1 Satz 4 StPO, "erkaufen" ⁸⁰⁾.

Es kann hier nicht im Einzelnen dargelegt werden, welche - gravierende - Bedenken gegen die in § 153a StPO getroffene Regelung bestehen. Sie beziehen sich vor allem auf die Unvereinbarkeit mit dem Rechtsgedanken des § 136a StPO, der die Ausübung von Druck auf den Beschuldigten verbietet, auf die Fragwürdigkeit der Wahrheitserforschung, das Außerkräftsetzen der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs.2 MRK und auf die Tangierung des Sozialstaatsprinzips ⁸¹⁾. Die im Rahmen dieses Abschnitts zu stellende Frage ist, ob die positive Anwendung des § 153a StPO ein Absehen von Strafverfolgung tatsächlich heißt. Die Beantwortung dieser Frage ist für das kriminalpolitische Ziel der Generalprävention bedeutsam.

Die Bestimmung des § 153a Abs. 1 Satz 1 StPO stimmt wörtlich überein mit der Fassung des § 153a Abs. 1 Satz 1 im Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG) vom 13. 4. 1972 ⁸²⁾. In der Begründung zu diesem Entwurf heißt es: "Sie (der vorgeschlagene § 153a StPO) soll im Bereich der Einstellung wegen Geringfügigkeit die Voraussetzungen schaffen, kleinere Strafverfahren rasch und zweckmäßig ohne Schuldspruch und ohne Hauptverhandlung auch dann zu erledigen, wenn nicht von vornherein auf jede Sanktion verzichtet werden

80) Schmidhäuser JZ 1973 S. 535; ders. aaO S. 534: Die staatliche Strafreaktion rückt "in den Bereich gemeinsamer Manipulation unter den Prozeßsubjekten, und zwar ... in den Bereich des Feilschens"; vgl. auch Hanack aaO S. 349f

81) vgl. dazu Dencker aaO S. 149ff; Schmidhäuser aaO S.533ff; Hanack aaO S. 347ff; der neuen Regelung stimmen zu: Dreher, Die Behandlung der Bagatelldelinquenz, in Festschrift für Welzel 1974 S. 933ff; Eckl JR 1975 S. 99.

82) BR-Drucksache 208/72 S. 5

kann"⁸³⁾. Ausdrücklich werden also die in § 153a Abs. 1 StPO vorgesehenen Auflagen als "Sanktionen" bezeichnet⁸⁴⁾. Gleichwohl wird zum Teil der Sanktionscharakter geleugnet. Bei den Auflagen des § 153a StPO handle es sich um "freiwillige Leistungen"⁸⁵⁾. Diese Meinung übersieht die Drucksituation, in der sich der Beschuldigte befindet, wenn über die Möglichkeit einer Einstellung des Verfahrens "verhandelt" wird⁸⁶⁾. Die Zustimmung des Beschuldigten und die Erfüllung der Auflagen erfolgen doch deswegen, um ein möglicherweise größeres Übel abzuwenden. Hier von "Freiwilligkeit" zu sprechen, geht an der Sache vorbei und berücksichtigt nicht, wie der Beschuldigte die Zustimmung erlebt, nämlich zwanghaft⁸⁷⁾. Im übrigen wird schon aus der Fassung des § 153a StPO der Sanktionscharakter deutlich. Die dort vorgesehenen Leistungen können "auferlegt" werden. Das heißt aber nichts anderes, als daß sie kriminalrechtlich "verordnet" und kontrolliert werden, was eben den Sanktionscharakter ausmacht⁸⁸⁾. Dazu kommt, daß die Erfüllung der Auflagen ein Verfahrenshindernis für die Verfolgung derselben prozessualen Tat nach sich zieht, § 153a Abs. 1 Satz 4 StPO. Diese Sperrwirkung spricht ebenfalls für die Bestimmung der Auflagen als Sanktionen⁸⁹⁾.

83) BR-Drucksache 208/72 S. 73; ähnlich BT-Drucksache VI/3250 S. 285, wo auch von Sanktionen die Rede ist.

84) Dreher aaO S. 939 spricht von einem "falschen Zungen-schlag der Entwurfsbegründung".

85) Dreher aaO

86) Schmidhäuser aaO S. 534; vgl. Dencker aaO S. 149: "Geständnis- und Unterwerfungszwang"; Boxdorfer aaO S. 319: "Straf"-mittel

87) Schmidhäuser aaO S. 534

88) Kaiser, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972 S. 3

89) Dencker aaO S. 149

Fraglich ist jedoch, ob es sich bei den Auflagen und Weisungen des § 153a StPO um typisch strafrechtliche Sanktionen handelt. Zu berücksichtigen ist, daß Schadenswiedergutmachung und Erfüllung der Unterhaltspflichten, § 153a Abs. 1 Nr. 1 und 4 StPO, zu den Verpflichtungen gehören, die für den Beschuldigten unter den zivilrechtlichen Voraussetzungen ohnehin bestehen ⁹⁰⁾. Die Erfüllung dieser Auflagen könnte ebenso durch einen zivilrechtlichen vollstreckbaren Titel erreicht werden. Damit wird deutlich, daß die Auflagen insoweit nicht spezifisch strafrechtlicher Natur sind.

Die übrigen, in § 153a Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO genannten Auflagen - Zahlung eines Geldbetrags und Erbringung sonst gemeinnütziger Leistungen - haben, weil es "um nichts anderes als einen tatbezogenen Ausgleich rein strafrechtlicher Art" ⁹¹⁾ geht, Strafcharakter. Der Beschuldigte kommt hier nicht "ungeschoren" davon. Unter dem Druck des drohenden öffentlichen Strafverfahrens nimmt er das weniger gravierende Übel auf sich, ohne dazu in irgendeiner Weise, insbesondere nach Zivilrecht, verpflichtet zu sein ⁹²⁾.

Um auf den Ausgangspunkt, den generalpräventiven Blickwinkel, zurückzukommen: Festzuhalten ist, daß zumindest in den Fällen des § 153a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 StPO, mit der Auferlegung von Bußzah-

90) Schmidhäuser aaO S. 533

91) Schmidhäuser aaO

92) Es soll hier nicht auf die bereits vor Inkrafttreten des § 153a StPO contra legem geübte Praxis der Einstellung nach Bußzahlung eingegangen werden. Dazu Bartsch ZRP 1969 S. 128ff; Schmidhäuser aaO S. 531; Krümpelmann aaO S. 228. Dencker aaO S. 149 spricht angesichts des § 153a StPO von der "Legalisierung einer bislang illegalen Praxis". Vgl. auch Dreher aaO S. 938, der die bislang geübte Praxis als besten Beweis dafür ansieht, daß "geradezu ein kriminalpolitisches Bedürfnis für eine solche Lösungsmöglichkeit für alle Beteiligten besteht".

lungen oder sonst gemeinnützigen Leistungen, nicht vollends auf Ahndung verzichtet wird, sondern Sanktionen ausgesprochen werden, die generalpräventiv in einem spezifisch strafrechtlichen Sinne relevant sind. So gesehen ist die Bestimmung des § 153a StPO auch ein generalpräventives Instrument, das freilich erst nach Prüfung des § 153 StPO angewandt werden kann.

Weil die in § 153a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 4 StPO genannten Auflagen, Leistungen zur Schadenswiedergutmachung und Erfüllung von Unterhaltspflichten, nicht spezifisch strafrechtlicher Natur sind, ist es fraglich, ob sie geeignet sind, spezifisch strafrechtliche Generalprävention gegen die Übertretung der einschlägigen materiellrechtlichen Tatbestände zu bewirken oder zu erhalten. Hierbei ist zu unterscheiden: Die nach § 153a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 4 StPO angedrohten Sanktionen werden auf die Bevölkerungsteile, die vermögend sind und in sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen leben, keinen Eindruck machen. Die nach § 153a StPO erforderliche Zustimmung würde, bei hinreichender Klärung des Sachverhalts, schnell erteilt, da ja ohnehin nur das, was zivilrechtlich geschuldet ist, verlangt wird und auch erfüllt werden kann. Nur die Bevölkerungsteile, die nicht oder nur schwerlich in der Lage sind, die zivilrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen, können noch durch die einschlägigen materiellrechtlichen Strafandrohungen, die ausgesprochenen Strafen und Sanktionen nach § 153a Abs. 1 StPO abgeschreckt werden. Allein sie müssen befürchten, die Auflagen und Weisungen nicht erfüllen zu können und damit ein öffentliches Strafverfahren über sich ergehen zu lassen. Die Möglichkeit, im Rahmen von § 153a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 StPO, insbesondere also von Bußgeldauflagen, die persöhn-

lichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten zu berücksichtigen und ihnen durch das Tagessatzsystem Rechnung zu tragen ⁹³⁾, ist nicht ohne weiteres übertragbar. Die Leistungen, die nach § 153a Abs. 1 Satz Nr. 1 und 4 gefordert werden, sind nach oben in dem geschuldeten zivilrechtlichen Umfang limitiert. Das Risiko ist, was vorsätzliche Taten anbelangt, kalkulierbar. Der vermögende Täter lößt sich nicht schrecken.

Unter der Geltung des § 153 StPO aF (-und vor Abschaffung der Übertretungen-) war ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung des öffentlichen Interesses die Anzahl gleichartiger Übertretungen. Nach Nr. 83 Abs. 1 Satz 1 RiStBV bestand "in der Regel ein öffentliches Interesse, wenn gleichartige Übertretungen besonders häufig vorkommen". In diesen Fällen sei die Verfolgung aus "Gründen der Abschreckung" geboten ⁹⁴⁾. Auch wenn nunmehr das StGB keine Übertretungen mehr kennt, stellt sich die Frage bei Vergehen mit geringer Schuld genauso, nämlich: Was ist generalpräventiv angezeigt, wenn gleichartige Vergehen besonders häufig vorkommen? Oben wurde bereits dargelegt, daß gerade im Bereich der kleinen Kriminalität, insbesondere im Straßenverkehr, strafrechtliche Eingriffe am ehesten generalpräventive Wirkungen entwickeln ⁹⁵⁾. Dort vor allem ist davon auszugehen, daß jeder bekanntgewordene Sanktionierungsvorgang potentielle Normbrecher abschreckt. Diese Abschreckungswirkung ließe sich bei einer annähernd lückenlosen Erfassung der Normbrüche steigern ⁹⁶⁾. Allerdings kann die intensive Strafverfolgung bei bekannterweise häufig übertre-

93) vgl. Eckl JR 1975 S. 100f

94) RiStBV Nr. 83 Abs. 1 Satz 1

95) s. o. S. 24; Kaiser, Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970 S. 359f

96) Zipf aaO S. 497

tenen Normen zu einem entgegengesetzten, unerwünschten Effekt führen. Die Norm büßt, da ihre Übertretung zur "Regel" wird, ihre Motivationswirkung ein ⁹⁷⁾. Daher ist es zu verstehen, daß die durch eine intensive Strafverfolgung bewirkte "Vielstraferei" die Eindrucks- und Abschreckungskraft der Strafe gerade nicht stärkt ⁹⁸⁾. Es kommt deshalb darauf an, eine "optimale Verfolgungsrate" ⁹⁹⁾ zu bestimmen. Wissenschaftliche Einzeluntersuchungen zu diesem Problem bei bestimmten Deliktsgruppen gibt es bis heute nicht.

Der Ausweg aus diesem Dilemma kann aber sicherlich nicht sein, bei gleichartigen Vergehen, wenn sie häufig vorkommen, immer das öffentliche Interesse in § 153 StPO zu bejahen. Eben dies ist generalpräventiv gesehen fragwürdig. Dem Problem kann zunächst, solange wissenschaftliche Einzeluntersuchungen ausstehen, nur so annähernd beigegeben werden, daß in der Praxis ein theoretisch denkbares Verfolgungsmaximum angestrebt wird, um danach abzulesen, ob die Zahl der aufgeklärten gleichartigen Vergehen zurückgegangen, gleichgeblieben oder sogar gestiegen ist. Dies wäre mit Hilfe von Kriminalstatistiken einigermaßen möglich. Nur mit dieser Einschränkung kann insoweit die Bestimmung der Nr. 83 Abs. 1 Satz 1 RiStBV generalpräventiv vernünftig angewandt werden.

Ein strafrechts-funktionaler Ansatz gebietet es, die Begründung des öffentlichen Interesses an kriminalpolitischen Zielen zu orientieren. Es ist deshalb nicht richtig, den Grundsatz der Gleichbehand-

97) vgl. näher oben S. 30 mN

98) s.o. oben S. 30

99) Zipf aaO S. 498, S. 500

lung an sich als eigenständiges Kriterium für die Bewertung des öffentlichen Interesses heranzuziehen, wie es Nr. 83 Abs. 1 Satz 1 RiStBV tut. Dort heißt es: "in diesen Fällen (wenn gleichartige Vergehen besonders häufig vorkommen) ist die Verfolgung aus Gründen der Abschreckung und auch deswegen geboten, weil eine ungleichmäßige Behandlung als ungerecht oder willkürlich empfunden werden würde". Letzteres ist ebenfalls unter dem Aspekt der Generalprävention zu sehen ¹⁰⁰⁾. Wenn ein Verfahren als ungerecht oder willkürlich empfunden wird, so wird, wenn dazu noch die Sanktionierungsrate gering ist, die Geltungskraft der strafrechtlichen Norm ausgehöhlt. Dann kann jedermann bei gleichartigen Vergehen Anspruch auf Straffreiheit erheben. Deswegen sind grundsätzlich nur von einer gleichmäßigen Strafverfolgung generalpräventive Wirkungen zu erwarten ¹⁰¹⁾. Bei besonders häufig vorkommenden gleichartigen Vergehen bleibt freilich auch hier das Problem, die optimale Sanktionierungsrate zu bestimmen.

Neben generalpräventiven Gesichtspunkten sind zur Ausfüllung des Begriffs vom öffentlichen Interesse insbesondere spezialpräventive Kriterien heranzuziehen ¹⁰²⁾. Damit ist gemeint, der Persönlichkeit des Beschuldigten in ihrer Behandlung Rechnung zu tragen. Im Gegensatz zur Generalprävention geht es hierbei um ein Prinzip der Individualisierung ¹⁰³⁾.

100) vgl. Kaiser, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972 S. 88

101) vgl. oben S. 78 mN

102) Hanack aaO S. 347; Homann aaO S. 82ff; Boxdorfer aaO S. 319

103) Kaiser aaO S. 88, S. 90; von einigen Autoren wird deswegen an Stelle von Spezialprävention der Begriff der "Individualprävention" verwendet; z.B. Kaiser aaO; Zipf aaO

Dieses Prinzip soll vor allem für die Strafbemessung bestimmend sein ¹⁰⁴⁾. Gerade bei Delikten mit geringer Schuld ist es jedoch angezeigt, bereits in einem frühen Stadium zu prüfen, ob nicht die Strafverfolgung an sich angesichts der Persönlichkeit des Beschuldigten notwendig oder unnötig ist. Hierfür geeignete Kriterien zu finden, ist äußerst schwierig ¹⁰⁵⁾. Es können deswegen hier nur einzelne Punkte genannt werden, unter denen aus spezialpräventiven Gründen von Strafverfolgung abgesehen werden sollte.

So spricht die geringe antisoziale Einstellung des Beschuldigten gegen die Bejahung des öffentlichen Interesses in § 153 StPO ¹⁰⁶⁾. Eine Strafverfolgung macht auf diesen Beschuldigten wahrscheinlich grossen Eindruck. Sie ist aber unnötig, weil der Beschuldigte gar nicht "resozialisiert" werden muß. Er ist genügend angepaßt an die gesellschaftlichen Wertvorstellungen ¹⁰⁷⁾. Maßstab für den Grad dieser Anpassung kann einmal sein, ob der Beschuldigte bereits früher, vor nicht allzu langer Zeit, mit dem StGB "in Konflikt geraten" ist. Ist dies nicht der Fall, so ist zu vermuten, daß es sich um einen einmaligen Normbruch handelt, der auch ohne Ahndung nicht wieder vorkommt. Umgekehrt ist vor einer zu ungünstigen Einschätzung von Beschuldigten mit einer Vielzahl von Vorstrafen zu warnen. Hier sind spontane Verhaltensänderungen in Richtung auf eine Resozialisierung auf grund von neuartigen Situationen und Erreichen einer bestimmten Alters-

104) Kaiser, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972 S. 90

105) Fallwürdigung und Handhabung in der Praxis sind sehr verschieden, dazu Kaiser aaO S. 85; vgl. auch die Beispiele bei Homann aaO S. 83ff

106) Zipf aaO S. 119 Fußnote 44 S. 501

107) vgl. Kaiser aaO S. 6ff

grenze durchaus möglich ¹⁰⁸⁾. Freilich ist bei Mehrfachtätern in der Regel davon auszugehen, daß sie den notwendigen Anpassungsprozeß noch nicht vollzogen haben.

Ob die Befolgung von Auflagen nach § 153a StPO - für sich genommen - ein verlässlicher Gradmesser für die geringe antisoziale Einstellung des Beschuldigten sein kann, muß bezweifelt werden. Die Erfüllung dieser Weisungen geschieht in aller Regel nicht freiwillig, sondern unter dem Druck des drohenden Strafverfahrens ¹⁰⁹⁾. Nur die spontane, so schnell wie möglich vorangetriebene Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens oder Erfüllung von Unterhaltspflichten, § 153a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 4 StPO, sind geeignet, die antisoziale Einstellung des Beschuldigten zu offenbaren ¹¹⁰⁾. Bußzahlungen oder Erbringung sonst gemeinnütziger Leistungen, § 153a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 StPO, geschehen jedoch niemals freiwillig und dürften von daher individualpräventiv unberücksichtigt bleiben.

Daneben sollten Konfliktsituationen, in denen der Beschuldigte die Tat begangen hat, spezialpräventiv bedeutsam sein ¹¹¹⁾. Aus ihrer Feststellung kann unter Umständen auf die Einmaligkeit des Normbruchs und die geringe antisoziale Einstellung des Beschuldigten geschlossen werden.

108) Kaiser aaO S. 13f: "Erwartungswidriges Verhalten ... tritt ferner auf, wenn Mehrfachtäter die Altersgrenze von 35 oder 40 Jahren erreicht haben und dann überraschend die kriminelle Karriere abbrechen".

109) s. o. S. 95

110) Diese Leistungen müßten dann wohl bereits vor der ersten Kontaktaufnahme mit den Strafverfolgungsbehörden in Angriff genommen worden sein.

111) vgl. Zipf aaO S. 501 Fußnote 44

Ein weiteres Kriterium für die Beurteilung des öffentlichen Interesses in § 153 StPO könnte darin gesehen werden, ob vom Verletzten her ein Genugtuungsbedürfnis besteht oder fehlt ¹¹²⁾. Zwar wurde durch die Übernahme der Rechtsverfolgung durch den Staat die Strafe von dem "persönlichen Affekt" getrennt ¹¹³⁾. Die Genugtuung ist daher kein intendiertes Ziel von Strafe und Strafverfolgung. Sie ist aber ein erwünschter Nebeneffekt staatlicher Strafverfolgung ¹¹⁴⁾. Daraus ist für die Berücksichtigung des Genugtuungsbedürfnisses beim öffentlichen Interesse in § 153 StPO abzuleiten:

Besteht ein Bedürfnis des Verletzten nach Strafverfolgung, so ist dem nur in zweiter Linie Rechnung zu tragen. In erster Linie ist darauf abzustellen, ob generalpräventive oder spezialpräventive Gesichtspunkte zur Bejahung des öffentlichen Interesses führen und damit die Strafverfolgung gebieten. Nur wenn insoweit Anhaltspunkte gegeben sind, ist auf das Interesse des Verletzten an der Strafverfolgung zu achten. Ist aus präventiven Gründen eine Strafverfolgung nicht angezeigt, ist auch kein Platz für die Berücksichtigung des Genugtuungsbedürfnisses des Verletzten ¹¹⁵⁾.

Entsprechendes gilt, wenn ein Genugtuungsbedürfnis des Verletzten fehlt. Das öffentliche Interesse kann nicht allein deshalb verneint werden. Das Fehlen des Genugtuungsbedürfnisses kann dann zur Verneinung des öffentlichen Interesses beitragen, wenn von der Strafverfolgung nur geringe präventive Wirkungen zu erwarten sind.

112) vgl. Zipf aaO S. 501 Fußnote 44

113) Nohl Jugendwohlfahrt 1927 S. 94

114) vgl. näher oben S. 43

115) ebenso Homann aaO S. 77; anders wohl die Begründung eines Entwurfs des EGStGB v. 4.4.1972, BT-Drucks.VI/3250 S. 285; danach soll anscheinend das Genugtuungsbedürfnis ein eigenständiges Interesse an der Strafverfolgung sein.

Nur eine derartig eingeschränkte Berücksichtigung des Genugtuungsbedürfnisses wird dem Wortlaut des § 153 StPO gerecht. Es heißt dort ausdrücklich "öffentliches Interesse" und nicht etwa "Interesse des Verletzten". Außerdem: Rationalität als eine der Leitlinien für ein kriminalpolitisches Konzept erfordert eine nüchterne Ausrichtung von Strafverfolgungsmaßnahmen ¹¹⁶⁾. Die Strafverfolgung muß deshalb weitgehendst von emotionalen Motiven, insbesondere privaten Rachegefühlen, die ja nicht selten das Interesse des Verletzten an Strafverfolgung bestimmen, freigehalten werden ¹¹⁷⁾.

Festzuhalten ist, daß insbesondere general- und spezialpräventive Gesichtspunkte über die Frage zu entscheiden haben, ob ein öffentliches Interesse an Strafverfolgung besteht. Fraglich bleibt, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. Wie ist zu entscheiden, wenn generalpräventive, nicht aber spezialpräventive Zielsetzungen (und umgekehrt) Strafverfolgung gebieten?

Im Bereich der Strafzumessung ist anerkannt, daß der Spezialprävention die Priorität zukommt ¹¹⁸⁾. Teilweise wird die Generalprävention als Berechnungskriterium für das Strafmaß ganz abgelehnt ¹¹⁹⁾. Ein Einzelner darf nicht etwa mit einer hohen, individualpräventiv unnötigen Strafe belegt werden, damit andere abgeschreckt werden. Dieses, für den Vorrang der Spezialprävention im Bereich der Strafbemessung entscheidende Bedenken greift im Bereich der staatsanwaltschaftlichen Verfolgung nicht ein.

116) vgl. oben S. 62 f; Zipf, Kriminalpolitik, 1973 S. 30

117) vgl. Arzt, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, 1970 S. 324

118) BGHSt 24, 40; Kaiser aaO S. 88

119) Bruns, Strafzumessungsrecht AT, 1967 S. 305ff, S. 222ff mwN; s. o. S. 20

Hier stellt sich nur die Frage, ob überhaupt eine Tat angeklagt wird und ob damit die Voraussetzungen des Strafens geschaffen werden. Dadurch wird lediglich die gesetzliche Drohung realisiert. Nimmt man die Androhungsprävention des materiellen Tatbestandskatalogs ernst, muß man auch die Generalprävention bei der Frage des Ob des Strafens in vollem Umfang ernstnehmen ¹²⁰⁾.

Spezial- und Generalprävention können danach gleichrangige Zielsetzungen sein. Auch der prinzipielle Widerspruch beider Präventionsarten ¹²¹⁾, der sich aus den verschiedenen Blickwinkeln ergibt, zwingt nicht dazu, einer Präventionsart Priorität zukommen zu lassen ¹²²⁾. Die Antinomie tritt nur im Bereich der Strafbemessung in voller Schärfe auf. Das liegt daran, daß ein bestimmtes Quantum an Strafe gefunden werden muß, wobei eben die isolierte Betrachtung von General- und Individualprävention nicht gleichläuft, sondern zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Diese Schwierigkeit besteht für die Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft nicht. Sie muß nur über die Frage der Anklageerhebung, also die Frage des Ob des Strafens entscheiden. Spezial- und generalpräventive Bedürfnisse können dabei als additive Faktoren zur Beurteilung des öffentlichen Interesses herangezogen werden. Dies bedeutet, daß das öffentliche Interesse auch dann bejaht werden kann, wenn kein oder ein geringes individualpräventives, aber ein generalpräventives Bedürfnis nach Strafverfolgung besteht und umgekehrt.

120) vgl. oben S. 20f

121) vgl. Kaiser aaO S. 88

122) Dadurch würde das Problem zumindest im Bereich der Strafbemessung ohnedies nicht gelöst, Kaiser aaO .

Der Behandlung der Geringfügigkeitsdelikte und damit den §§ 153, 153a, 153b StPO kommt enorme praktische Bedeutung zu. Dies liegt einfach daran, daß sie in Massen begangen werden ¹²³⁾. Der Anteil an sog. Bagatellsachen dürfte etwa ein Drittel des Gesamtanfalls betragen, mit dem sich die Staatsanwaltschaft zu beschäftigen hat ¹²⁴⁾. Der daraus resultierende Arbeitsaufwand ist für die Staatsanwaltschaft wie für die Gerichte beträchtlich ¹²⁵⁾. Diese Belastung der Staatsanwaltschaft könnte hin- genommen werden, wenn nicht damit schwerwiegende Nachteile verbunden wären. Ein entscheidender Nach- teil besteht jedoch darin, daß Arbeitskräfte zu La- sten der Aufklärung bei der Schwerkriminalität ge- fesselt werden ¹²⁶⁾. Deswegen kann für die Behand- lung von Geringfügigkeitsdelikten, solange man sie überhaupt als strafbares Unrecht ansehen will, das strenge Legalitätsprinzip nicht gelten. Vielmehr ist eine praktikablere Lösung vorzuziehen. Dementsprechend wird der Zweck der §§ 153, 153a, 153b StPO darin gesehen, "zur Verbesserung der Ver- brechensbekämpfung die Strafverfahren zu beschleu- nigen und zu straffen" ¹²⁷⁾. Insbesondere die Be-

-
- 123) Dreher aaO S. 917: "Den Griff nach der Wurst wagt er (der Mensch) viel schneller als den zum Revolver".
- 124) So jedenfalls die Schätzung der StA München I Anfang 1973; vgl. dazu Dreher aaO S. 919; zum Anstieg der Diebstahlskriminalität vgl. Eckl ZRP 1973 S. 140; in Bayern betrug der Anteil der Diebstahlskriminalität an der Gesamtkriminalität im Jahre 1972 54 %.
- 125) Dreher aaO S. 919f; vgl. Wassermann in Frankfurter Rundschau v. 28.12.1972: "Die Justiz droht allmählich in einem Meer von Bagatellkriminalität im Bereiche des Eigentums- und Vermögensrechts zu ertrinken..."
- 126) Serwe Kriminalistik 1970 S. 379
- 127) "Zielsetzung" des Entwurfs eines 1. StVRG v. 13. 4. 72, Bundesrat-Drucks. 208/72 Vorblatt

stimmung des § 153a StPO soll Staatsanwaltschaften und Gerichten ermöglichen, "sich mit der mittleren und schweren Kriminalität intensiver zu befassen" 128). Das gesteckte Ziel kann aber nur dann annähernd erreicht werden, wenn der Begriff des öffentlichen Interesses großzügig zu Gunsten der Einstellung ausgelegt wird. Dies gilt nicht nur für die Bestimmung des § 153a StPO, sondern auch bereits für die Prüfung nach § 153 StPO. Denn auch die Einstellung gemäß § 153a StPO erfordert noch beachtlichen Arbeitsaufwand, insbesondere durch die Kontrolle der Erfüllung der Auflagen. Eine Verneinung des öffentlichen Interesses bereits bei der Prüfung des § 153 StPO trägt vermehrt zur Ersparung von Arbeitskraft bei 129).

Eine großzügige Anwendung der §§ 153, 153a StPO läßt sich auch dogmatisch rechtfertigen. Das öffentliche Interesse ist lediglich ein "Steigerungsbe-
griff" 130). Straf- und Strafprozeßrecht werden überhaupt vom öffentlichen Interesse beherrscht 131). Das bedeutet, daß es da, wo es besonders genannt ist, auch in besonderem Maße gegeben sein muß. Es genügt nicht, daß das Delikt, wegen dessen verfolgt wird, nach materiellem Recht wegen eines bestimmten öffentlichen Interesses unter Strafe steht; es müssen darüber hinaus weitere Gesichtspunkte gegeben sein, die zur Bejahung des öffentlichen Interesses führen 132).

128) Entwurf eines EGStGB v. 4. 4. 1972, BT-Drucksache VI/3250, Begründung S. 285

129) Die Meinungen darüber, ob (vor Inkrafttreten des § 153a StPO) zu selten von der Einstellungsbefugnis des § 153 StPO Gebrauch gemacht wurde, sind geteilt. Zipf aaO S. 488 ist der Ansicht, daß die Handhabung "nicht kleinlich" sei, während Serwe aaO S. 378 den "zu ängstlichen Gebrauch" bemängelt.

130) vgl. oben S. 82; Krümpelmann aaO S. 219

131) Roesen aaO S. 866

132) Roesen aaO; Kanka aaO S. 248

Die Rechtsnatur des Begriffs vom öffentlichen Interesse in § 153 StPO ist ebenso umstritten wie in § 376 StPO ¹³³⁾. Einerseits wird das öffentliche Interesse als Ermessensbegriff, andererseits als unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum angesehen. Praktisch ist diese Unterscheidung jedoch unwesentlich. In beiden Fällen beurteilt sich die Rechtmäßigkeit der Entscheidung nach gemeinsamen Rechtsregeln ¹³⁴⁾.

Bedeutsam ist nur die Frage, ob trotz geringer Schuld und trotz Fehlens des öffentlichen Interesses die Staatsanwaltschaft das Verfahren durchführen kann. Dies wäre nur dann zu bejahen, wenn andere als die bei der Inhaltsbestimmung des öffentlichen Interesses und der geringen Schuld ¹³⁵⁾ relevanten Gesichtspunkte für die Entscheidung maßgeblich sein können. Denn nur dann wäre ein weiterer Raum für eine Beurteilungsfreiheit eröffnet ¹³⁶⁾. Alle erdenklichen, kriminalpolitisch wesentlichen Gesichtspunkte sind jedoch schon bei der Ausfüllung des öffentlichen Interesses und der geringen Schuld zu berücksichtigen. Weitere Überlegungen können nicht angestellt werden. §§ 153, 153a StPO sind daher, was die "Kann"-Bestimmung anbelangt, als Normen zwingenden Rechts zu werten ¹³⁷⁾.

133) vgl. oben S.80ff mN

134) Obermayer aaO S. 262; s. o. S. 82f

135) dazu unten 4.1.2.

136) Obermayer aaO S. 260

137) Naucke aaO S. 205; vgl. Obermayer aaO S. 260; nach Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO Nachtragsband I, 1967 Rdn 13 zu § 153, führt die Fassung des § 153 StPO zu dem "Widersinn", daß trotz geringer Schuld Fehlens des öffentlichen Interesses die Staatsanwaltschaft das Verfahren durchführen kann.

4.1.2. Materiellrechtliche Gründe der Einschränkung des Legalitätsprinzips bei §§ 153, 153a StPO

4.1.2.1. Die Durchbrechung des strikten Legalitätsprinzips in §§ 153, 153a StPO setzt neben dem Fehlen des öffentlichen Interesses ein weiteres Merkmal voraus: die Schuld des Täters muß als gering anzusehen sein. Dann ist der Weg für eine Einstellung des Verfahrens eröffnet. Ganz einhellig wird diese Regelung als Ausdruck eines materiellrechtlichen Gedankens angesehen: die nichtkriminelle Schuld und die nichtkriminell strafwürdige Handlung sollen aus dem Bereich des Strafrechts ausgeschlossen werden ¹⁾.

Im Grundsatz ist davon auszugehen, daß jede Straftatbestandserfüllung ipso iure die staatliche Strafberechtigung entstehen läßt. Der strafrechtliche Bereich soll jeweils das erhebliche, sozial unerträgliche Verhalten erfassen. Damit ist grundsätzlich bei der Straftatbestandserfüllung auch das Strafbedürfnis und die Verfolgungspflicht zu bejahen ²⁾. Ausnahmen von dieser Regel kennt bereits das materielle Strafrecht. Aus § 60 StGB, etwa auch aus § 248a StGB, ergibt sich, daß dem Strafrecht die rechtswidrige, schuldhaft Tat ohne Strafe nicht fremd ist ³⁾. Der Grund dafür ist

-
- 1) vgl. oben S. 53; Peters ZStW 68 (1956) S. 396; Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966 S. 16; Dencker JZ 1973 S. 146; Eser, Absehen von Strafe - Schuldspruch unter Strafverzicht, Festschrift für Maurach 1972 S. 258; Naucke, Der Begriff der "geringen Schuld" (§ 153 StPO) im Straftatsystem, Maurach-Festschrift 1972 S. 205; Cramer, Ahndungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch, Maurach-Festschrift 1972 S. 493ff; Baumann, Minima non curat praetor, in Festschrift für Peters 1974 S. 3
 - 2) Zipf, Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip, Festschrift für Peters 1974 S. 499
 - 3) Cramer aaO S. 493

darin zu sehen, daß eben nicht jede Verwirklichung eines strafrechtlichen Tatbestandes das soziale Gefüge in dem erheblichen Maße verletzt, das Voraussetzung für die Ausgestaltung von Sachverhalten als Straftatbestände durch den Gesetzgeber ist.

Wird die Strafzone eigentlich nicht tangiert, d.h. liegt kein erhebliches, sozial unerträgliches Verhalten vor, dann fehlt das "Ahndungsbedürfnis" ⁴⁾. Eine Strafe erscheint dann nicht mehr veranlaßt ⁵⁾. Der Strafrichter soll sich um bagatellarische Straftaten nicht kümmern: minima non curat praetor ⁶⁾.

Die Befugnis der Staatsanwaltschaft, gemäß § 153 StPO bei geringer Schuld das Verfahren einzustellen, soll diesem Grundsatz dienen. In der Einstellung wegen geringer Schuld ist danach materiell betrachtet ein Absehen von Strafe zu erblicken ⁷⁾. Dieser Befugnis der Staatsanwaltschaft entspricht eine Verpflichtung: Sie hat zu prüfen, ob es nicht der konkreten Tat an der an sich vom Gesetz vorausgesetzten Strafbedürftigkeit fehlt. Die Schuldmin- derung ist hierbei auch an der konkreten Unrechts- minderung zu messen. Unrecht und Schuld korrespon- dieren regelmäßig miteinander ⁸⁾. Stellt sich her- aus, daß der materielle Gehalt der gesetzlich for- mal typisierten Tat durch die konkrete Schuldmin- derung so weit abgesunken ist, daß das Ahndungsbe- dürfnis verloren geht, dann geht auch die Strafbe- rechtigung verloren ⁹⁾. Denn deren Voraussetzung

4) Cramer aaO S. 493

5) Eser aaO S. 258

6) siehe dazu insbesondere: Baumann aaO S. 3ff; Dreher, Die Behandlung der Bagatellkriminalität, Festschrift für Welzel 1974 S. 917; Krümpelmann aaO S. 16f

7) Eser aaO S. 258

8) Dreher aaO S. 917; vgl. auch Eser aaO S. 258f

9) Eser aaO S. 259: "... gleichsam ein Wegfall des materialen Strafanspruchsgrundes".

ist eben die Strafbedürftigkeit. Die Aufgabe, die Bestrafung geringfügiger Taten zu verhindern, besteht nicht nur für den Gesetzgeber, sondern auch für die Justizbehörden.

Bei dieser äußerst wichtigen Anforderung ist es interessant, wie die "geringe Schuld" in § 153 StPO zu einem Merkmal des Straftatsystems zugeordnet werden kann, wobei hier nur kurz auf den Lösungsversuch Nauckes ¹⁰⁾ eingegangen wird. Nach Naucke bedeutet die Bejahung der geringen Schuld eine "abschließende Verneinung der Strafwürdigkeit des Tatgeschehens". Damit wird aber die geringe Schuld bereits als Strafausschließungsgrund charakterisiert ¹¹⁾. Denn: "Persönliche Strafausschließungsgründe sind in der Person des Täters liegende Umstände, die zu dessen persönlicher Straflosigkeit führen, obwohl Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld gegeben sind" ¹²⁾. Diese "Umstände" betreffen allesamt die Frage, ob überhaupt zu strafen ist. Der Umstand "geringe Schuld" ist danach ein persönlicher Strafausschließungsgrund ¹³⁾. Diese Zuordnung erscheint, wenn man die Schuldabschließungsgründe als abschließende Verneinung der Ahndungsbedürftigkeit ¹⁴⁾ ansieht, nur konsequent ¹⁵⁾.

4.1.2.2. Wenn die Staatsanwaltschaft prüfen muß, ob nicht wegen geringer Schuld einzustellen ist, muß sie auch wissen, welche Maßstäbe sie anzulegen hat, welche Kriterien ausschlaggebend sind für die Beurteilung der konkreten Schuld als gering. Hierfür

10) Naucke aaO S. 197ff

11) Naucke aaO S. 203

12) Dreher, Strafgesetzbuch, 34.Aufl. 1974 Vor § 51 Anm 4

13) Naucke aaO S. 203

14) vgl. Schmidhäuser, Strafrecht, 1970 S. 388

15) Zu den möglichen Einwänden gegen diese Zuordnung vgl. Naucke aaO S. 204ff

bietet sich als Ansatz einer systematischen Einordnung die Unterscheidung zwischen den sogenannten "selbständigen" ¹⁶⁾ oder "eigentlichen" ¹⁷⁾ und den "unselbständigen" oder "uneigentlichen" Bagatelldelikten an ¹⁸⁾. Mit selbständigen Bagatelldelikten sind solche Delikte gemeint, die bereits auf grund ihrer Tatbestandsbeschreibung in schlechthin jedem Fall nur geringfügige Taten sind. Ihr Unrechtsgehalt ist von vornherein - generell - gering. Unselbständige Bagatelldelikte sind dagegen solche Delikte, die zwar nach ihrer Tatbestandsbeschreibung durchaus ahndungsbedürftige, nicht geringfügige Taten erfassen können, im konkreten Fall aber wegen verminderter Schuld strafrechtlich unbedeutend sind.

4.1.2.2.1. Zu den selbständigen Bagatelldelikten

Der 29. Abschnitt der bis Ende 1974 geltenden Fassung des StGB enthielt unter der Überschrift "Übertretungen" eine Vielzahl von Tatbeständen, die zum allergrößten Teil dadurch gekennzeichnet waren, daß sie Taten beschrieben, die einhellig nur mit Mühe als kriminelle Taten betrachtet werden konnten. Diese Tatbestände machten vorwiegend die sog. selbständigen oder eigentlichen Bagatelldelikte aus ¹⁹⁾. Beispielhaft aufgezählt seien nur § 361 Ziff. 3 (Landstreicherei), § 361 Ziff. 4 (Betteln) und § 368 Ziff. 9 StGB aF (Gehen Über eine ungemähte Wiese).

16) Krümpelmann aaO S. 36ff

17) Dreher, Die Behandlung der Bagatelldelinquenz, aaO S. 918

18) Die Unterscheidung Dreher's aaO in eigentliche und uneigentliche Bagatelldelikte geht von einer qualitativen Betrachtungsweise der Bagatelldelinquenz aus; dazu unten. Bei einer quantitativen Betrachtungsweise ist die Wortwahl Dreher's zu vermeiden und die Bezeichnung Krümpelmann's aaO vorzuziehen.

19) Dreher aaO S. 918

Der Kreis der selbständigen Bagatelldelikte war aber nicht auf die Übertretungen des damaligen 29. Abschnitts beschränkt. Zu erinnern sei nur an den Tatbestand des noch im Jahre 1968 geltenden § 172 StGB aF, der Ehebruch unter Strafe stellte. Niemand würde heute mehr auf den Gedanken kommen, Ehebruch als strafrechtlich relevanten Tatbestand zu normieren.

Damit ist bereits angedeutet, daß immer wieder Delikte, die ursprünglich - jedenfalls im Konsens der Rechtsgemeinschaft - als kriminelles Unrecht angesehen wurden, im Laufe der Zeit als strafrechtlich irrelevant empfunden werden. Diese "Änderung des Wertbewußtseins innerhalb der Rechtsgemeinschaft"²⁰⁾, wird am oben genannten Beispiel des § 172 StGB aF besonders deutlich. Sie äußert sich auch - wenn auch nicht so signifikant - in der Abschaffung der Übertretungen, insbesondere des 29. Abschnitts, und deren teilweise Übernahme ins Ordnungswidrigkeitenrecht. Nur: Bei diesen Delikten war immer schon klar, daß sie an der Peripherie kriminellen Unrechts liegen. Und: Die Abschaffung z.B. des Tatbestandes der Bettellei ist nicht so spektakulär wie der des Ehebruchs.

Die Änderung des Wertbewußtseins muß danach immer in Rechnung gestellt werden. Diese Einsicht verbietet es aber, das Problem der selbständigen Bagatelldelikte mit dem Ausscheiden der Übertretungen aus dem Strafrecht als gelöst zu betrachten.²¹⁾ Auch das StGB in der derzeit gültigen Fassung enthält Bestimmungen, von denen nicht gesagt werden kann, daß sie Rechtsgemeinschaft fortwährend, auch

20) Cramer aaO S. 495

21) so aber Dreher aaO S. 918: "Das Problem der eigentlichen Bagatelldelikte ist damit ... im Prinzip gelöst".

in demnächsten Jahren, als kriminelles Unrecht ansieht. Zu nennen sind beispielhaft § 184 Abs. 1 Ziff. 7 StGB, wonach das Zeigen pornographischer Abbildungen in einer öffentlichen Filmvorführung unter Strafe gestellt ist, oder aber § 284a StGB, wonach die Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel als Kriminaltat bestraft wird. Bei letzterem Tatbestand wird man von vornherein davon ausgehen können, daß er im Randbereich der Strafzone liegt und es daher nur eines kleinen Anstoßes bedarf, um ihn nach dem Empfinden der Rechtsgemeinschaft allerhöchstens als Verwaltungsunrecht einzustufen. § 184 Abs. 1 Ziff. 7 StGB kann sehr schnell als nicht mehr zeitgemäß empfunden werden, weil sich etwa die Einstellung der Bevölkerung zu sexuellen Dingen in Richtung auf eine großzügigere Handhabung geändert hat.

Die Kenntnis darüber, daß bestimmte strafbare Handlungen von vornherein oder durch Änderung des Wertbewußtseins innerhalb der Rechtsgemeinschaft in der Peripherie des Strafbereichs oder schon in seinem Außenbereich liegen, ist Anlaß genug, bestimmte Verfehlungen gegen Straftatbestände kritisch im Hinblick auf ihre Strafbedürftigkeit zu prüfen und eventuell ihre Verfolgung zu unterlassen. Nur eine solche Prüfung wird der Forderung von "minima non curat praetor" ²²⁾ und den Bedenken gegen "fiat justitia pereat mundus" gerecht ²³⁾.

Instrument der Staatsanwaltschaft für eine derartige Prüfung ist die "geringe Schuld" in § 153 StPO. Zwar stellt die Schuld im Grunde einen subjektiven Faktor dar ²⁴⁾, so daß das - ohne Rücksicht auf

22) vgl. oben S. 110

23) vgl. Cramer aaO S. 495

24) vgl. oben S. 90

Täter und konkrete Tatumstände - verminderte objektive Unrecht unter den Begriff der "geringen Schuld" als nicht subsumierbar erscheint. Der subjektive Schuldfaktor korrespondiert aber regelmäßig mit dem objektiven Unrecht ²⁵⁾. Dies bedeutet, daß die selbständigen Bagatelldelikte bei der "geringen Schuld" in § 153 StPO berücksichtigt werden können ²⁶⁾.

Genauere Kriterien für die Beurteilung eines Delikts als selbständiges Bagatelldelikts aufzustellen, erscheint freilich unmöglich. Ansatzpunkt kann hier wiederum nur die Aufgabe des Strafrechts als subsidiäre Rechtsgut- und Leistungssicherung ²⁷⁾ sein, wobei freilich auch das, was als strafrechtlich schützenswertes Rechtsgut zu betrachten ist, Wertschwankungen unterworfen ist. Festzuhalten ist dabei insbesondere, daß durch das 2. Strafrechtsreformgesetz etliche selbständige Bagatelldelikte aus dem StGB entfernt wurden. Von daher ist es der Staatsanwaltschaft verwehrt, zumindest zum jetzigen Zeitpunkt einen Straftatbestand vorschnell als Bagatelldelikat einzustufen ²⁸⁾.

4.1.2.2.2. Zu den unselbständigen Bagatelldelikten

Nach der Abschaffung der Übertretungen durch das 2. Strafrechtsreformgesetz besteht das Hauptproblem hinsichtlich der geringfügigen Delikte in der Behandlung der unselbständigen Bagatelldelinquenz, der im Einzelfall also ²⁹⁾.

25) Dreher aaO S. 917

26) ebenso Kleinknecht, StPO, 32. Aufl. 1975 § 153 Anm 2 A; wohl auch Cramer aaO S. 495 und Eser aaO S. 259

27) Roxin Jus 1966 S. 378

28) nur insofern stimmt die Behauptung Dreher's aaO S. 918, daß das Problem der eigentlichen Bagatelldelikte ... im Prinzip gelöst ist.

29) Dreher aaO S. 918. Eigentlich sollte insofern der Begriff des Bagatelldelikts nicht verwendet werden, da die Tat nach dem formalen Deliktstypus keine Bagatelle zu sein braucht; vgl. dazu Eser aaO S. 259

Die Geringfügigkeit kann sich bei den unselbständigen leichten Delikten in zweierlei Weise äußern, einmal -zunächst objektiv- allein dadurch, daß im konkreten Fall der Wert des verletzten Rechtsguts und die damit verbundenen Auswirkungen der Tat als gering anzusehen sind, zum anderen -subjektiv- dadurch, daß im konkreten Fall, auch bei verhältnismäßig hohem Wert des verletzten Rechtsguts, nur insgesamt geringe kriminelle Energien festzustellen sind ³⁰⁾. Für die erste Gruppe mag als Beispiel dienen das Stehlen eines Wurstzipfels (-Diebstahl, § 242 StGB), für die zweite eine Ohrfeige mit dadurch bedingter Beschädigung des Trommelfells (-einfache Körperverletzung, § 223 StGB-), falls der Täter dazu in erheblichem Maße provoziert wurde.

In beiden Fällen erscheint eine Bestrafung unerträglich, da mit der Aufgabe des Strafrechts unvereinbar, nur sozial unerträgliche Handlungen zu treffen ³¹⁾. Damit entfällt das Ahndungsbedürfnis ³²⁾. Im Beispielsfall des Diebstahls deswegen, weil der Strafwürdigkeitsgrad durch die konkrete Unrechtsminderung verschwindend niedrig ist ³³⁾. Diesem Gedanken will auch der neue § 248a StGB durch das Antragserfordernis bei Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen nahekommen ³⁴⁾. Die Körperverletzung im oben genannten Beispiel ist deswegen nicht ahndungsbedürftig, weil der Täter durch das Opfer überhaupt erst zur Tat getrieben wurde und damit nur äußerst wenig "kriminelle Intensität" erkennen läßt.

30) vgl. Cramer aaO S. 495

31) vgl. etwa Krümpelmann aaO S. 16f mwN

32) vgl. Eser aaO S. 259

33) Cramer aaO S. 494f

34) Ob er es kann, ist zweifelhaft; vgl. die praktischen Bedenken bei Dreher aaO S. 923ff; vgl. auch die prinzipielle Kritik an § 248a StGB bei Dencker aaO S. 145f

Die in beiden Gruppen dargestellte Geringfügigkeit läßt sich begrifflich in einer konkreten Schuld-minderung erfassen. Dies leuchtet bei der zweiten Gruppe (Beispiel Körperverletzung) deswegen ohne weiteres ein, weil die psychischen Faktoren der Tat von jeher das Maß des Schuldvorwurfs bestimmt haben ³⁵⁾. Aber auch die objektive Unrechtsminde-rung bei der ersten Gruppe (Beispiel Diebstahl) schlägt regelmäßig in eine Schuld-minderung um, da vom Wert des verletzten Rechtsguts auf das Maß der Schuld geschlossen werden kann, solange sich der Täter richtige Vorstellungen darüber macht ³⁶⁾.

Damit ist bereits der Bereich gekennzeichnet, der von den Strafzumessungsgründen, was die Schuld be-trifft, in § 46 StGB umrissen wird. Die geringe Schuld in § 153 StPO ist danach nicht anders zu beurteilen als eine nach § 46 StGB festzustellende Schuld, die deswegen gering ist, weil sie die Straf-zumessungsgründe in einem milderem Licht erscheinen lassen ³⁷⁾. Allgemein sind damit sämtliche Strafzu-messungsgründe des § 46 StGB, sofern sie die Schuld betreffen, heranzuziehen: etwa die Beweggründe und Ziele des Täters (-Handeln aus Not kann die Schuld mindern-) oder das Maß der Pflichtwidrigkeit ³⁸⁾, vgl. § 46 Abs. 2 Satz 1 StGB. Ob freiwillige Lei-stungen zur Schadenswiedergutmachung geeignet sind, die Schuld in § 153 StPO als gering einzustufen, ist deswegen zweifelhaft, weil diese Leistungen auch bei der Beurteilung des öffentlichen Inter-esses an der Strafverfolgung eine Rolle spielen ³⁹⁾.

35) Dreher, StGB, 34. Aufl. 1974 § 13 Anm 5 A

36) Dreher aaO § 13 Anm 2 A und Anm 5 B

37) Cramer aaO S. 495; Boxdorfer NJW 1976 S. 318; ähnlich Vogel, Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und seine prozessuale Bedeutung, Diss. München 1966 S.131

38) insbesondere bei Fahrlässigkeitstaten; vgl. dazu LG Aachen JZ 1971 S. 507, S. 517ff (Contergan-Prozeß)

39) vgl. oben S. 93

Genauso wie diese Leistungen - im Falle der Erbringung der Leistungen nach § 153a StPO kaum - die geringe antisoziale Einstellung des Täters offenbaren und damit das öffentliche Interesse wegen mangelnder individualpräventiver Notwendigkeit entfallen lassen können, können sie nach § 46 Abs. 2 Satz 1 StGB die Schuld dadurch mindern, weil sie zeigen, daß nur geringe "kriminelle Energien" am Werk waren⁴⁰⁾. Eine klare Abgrenzung scheint hier unmöglich zu sein. Sie ist aber auch nicht unbedingt nützlich. Gerade durch die Doppeldeutigkeit wird der Weg erst frei für die Anwendung des § 153 StPO. Diese Bestimmung sollte auch dann Anwendung finden können, wenn die Ahndungsbedürftigkeit erst und lediglich durch freiwillige Leistungen zur Schadenswiedergutmachung entfällt. Dazu bedarf es aber der Berücksichtigung dieser Leistungen sowohl beim "öffentlichen Interesse" als auch der "geringen Schuld" in § 153 StPO. Die Doppeldeutigkeit ist insoweit nicht Nachteil, sondern Vorteil.

Die Geringfügigkeit der Schuld läßt sich - allgemein gesprochen - nur durch einen Vergleich feststellen. Zum Vergleich ist im konkreten Fall das Durchschnittsmaß von Schuld bei in ihrer formalen Typizität gleichartigen Verfehlungen heranzuziehen. Gering ist die Schuld, wenn sie unter dem Durchschnitt liegt⁴¹⁾. Das Maß der Schuld ist, abgesehen davon, daß es sich im Laufe der Zeit durch andersartige durchschnittliche Verwirklichung des

40) Cramer aaO S. 495

41) Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 32. Aufl. 1975 § 153 Anm 2B; Eckl JR 1975 S. 100; Vogel aaO S. 131.
Freilich gilt diese allgemeine Aussage nur für die unselbständigen leichten Delikte.

formal typisierten Tatbestandes verändern kann, auch wegen der Schwankungen im Wertbewußtsein keine feststehende Größe. Die ethische Indikation bei einer Schwangerschaftsunterbrechung, § 218 StGB, ist zu Zeiten der Herrschaft kirchlich-religiöser Vorstellungen kein Faktor, der die Schuld unter das Durchschnittsmaß von Schuld bei Abtreibungen nach § 218 StGB sinken läßt. Heute ist für diesen Fall anerkannt, daß, solange die ethische Indikation keinen Rechtfertigungsgrund darstellt, wegen geringer Schuld § 153 StPO anzuwenden ist ⁴²⁾. Das Beispiel zeigt auf, daß einzelne Situationen, Beweggründe und Ziele des Täters, soweit sie als Strafzumessungsgründe von Belang sind, vgl. § 46 StGB, in verschiedenen Zeiten unterschiedlich bewertet werden und damit im konkreten Fall die Schuld unter das Durchschnittsmaß gedrückt werden kann. Diese Änderungen im Wertbewußtsein hat die Staatsanwaltschaft - wie bei den selbständigen Bagatelldelikten ⁴³⁾ - auch bei den unselbständigen leichten Delikten in Rechnung zu stellen, wenn sie einen Vergleich mit dem Durchschnittsmaß von Schuld anstellt.

4.1.2.3. Bisher wurde in der obigen Erörterung davon ausgegangen, daß es der Regelung in § 153 StPO hinsichtlich der geringen Schuld wegen der Forderung "minima non curat praetor" bedarf und die Bestimmung deswegen sachgerecht ist. Dabei kann sie nur eine Notlösung darstellen. Denn in allererster Linie ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die Grenzen

42) Dreher, StGB, 34. Aufl. 1974 § 218 Anm 9; dafür auch Naucke aaO S. 206 Fußnote 28

43) s. o. S. 113

der Ahndungsbedürftigkeit eines bestimmten Verhaltens festzulegen⁴⁴⁾. Aus dieser Aufgabenstellung und der Wahrnehmung dieser Aufgabe rührt ja dann die grundsätzliche Strafberechtigung bei jeder Straftatbestandserfüllung⁴⁵⁾.

Die Entscheidung darüber, was als tatbestandsmäßiges Unrecht typisiert und damit verfolgt werden soll, liegt danach prinzipiell beim Gesetzgeber. Die Justizbehörden, insbesondere die Staatsanwaltschaft, sollen nicht mit Hilfe prozessualer Regelungen zuerst und allein darüber befinden, wann noch strafwürdiges antisoziales Verhalten vorliegt. Zwar können solche Entscheidungen der Staatsanwaltschaft eine in der Zukunft materiell erfolgende Lösung antizipieren⁴⁶⁾, sie sollen jedoch nicht dem materiellen Strafrecht erst Kontur geben⁴⁷⁾. Diese Aufgabe des Gesetzgebers zur scharfen Abgrenzung zwischen sozial unerträglichem, damit strafwürdigem Verhalten und minderschwerem, nicht ahndungsbedürftigem Verhalten beschränkt sich nicht nur auf die Bewältigung der sog. selbständigen Bagatelldelikte, etwa durch deren Ausscheiden aus dem StGB und Verlagerung ins Ordnungswidrigkeitenrecht. Das Problem stellt sich auch bei den unselbständigen leichten Delikten, wo es darum geht, bestimmte Arten der Ausführung der formal typisierten Norm aus der Strafzone herauszunehmen⁴⁸⁾.

44) Cramer aaO S. 493; Peters, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966 S. 11; Dencker JZ 1973 S. 146; Baumann ZRP 1972 S. 275

45) vgl. oben S. 109; Zipf aaO S. 499

46) Peters ZStW 68 (1956) S. 379

47) Baumann JZ 1966 S. 330: "Prozessuale Regelungen können und sollen Ventile sein, nicht Motor und Konturgebung".

48) vgl. dazu etwa § 248a StGB

Mit letzterem ist gerade die Schwierigkeit angesprochen, der der Gesetzgeber bei der formalen Ausgestaltung der Straftatbestände gegenüber steht und die anscheinend eine scharfe Abgrenzung zum nicht ahndungsbedürftigen Unrecht verhindert: Der Gesetzgeber wird und muß konkrete Leitbilder, die er für ahndungsbedürftig hält, in eine abstrakte Norm bringen. Dieser "Transformationsprozeß" ⁴⁹⁾ bringt es aber mit sich, daß auch in concreto nicht stark sozialschädliche Handlungen unter den Tatbestand subsumiert ⁵⁰⁾ und damit zumindest als formales Unrecht charakterisiert werden können.

Dieses zunächst einmal nur - von der Struktur der Gesetzessprache her bedingte - rechtstechnische Problem wird noch dadurch verschärft, daß der vom Gesetzgeber ausgestaltete Tatbestand nicht jede Veränderung des Wertbewußtseins innerhalb der Gesellschaft aufnehmen kann ⁵¹⁾.

Aus diesen Schwierigkeiten erklärt sich die Notwendigkeit eines Ventils, etwa in Gestalt der prozessualen Regelung in § 153 StPO. Es gibt allerdings auch andere Lösungsversuche, die hier nur kurz skizziert werden können.

Zum einen bietet sich an, durch eine "die fragmentarische Natur des Strafrechts aktualisierende Auslegung" ⁵²⁾ die Strafzone begrifflich einzuzengen. Dies kann dadurch geschehen, daß ein Verstoß gegen die Strafgesetze dann nicht angenommen wird, wenn das Verhalten nicht erheblich sozialschädlich

49) Cramer aaO S. 493

50) Zipf aaO S. 499

51) Zipf ZStW 82 S. 648; vgl. oben S. 113, 119; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973 S.24f

52) Roxin aaO S. 23

ist. Dieser "materielle Verbrechensbegriff" ⁵³⁾ liegt der Lehre Welzels von der "Sozialadäquanz" ⁵⁴⁾ und der Lehre Roxins vom "Geringfügigkeitsprinzip" ⁵⁵⁾ zugrunde.

Beide Prinzipien dienen der Restriktion formaler Gesetzesfassungen, die auch unbedeutende, für die Umwelt erträgliche Handlungen erfassen. Insbesondere können nach dem Geringfügigkeitsprinzip unerhebliche Verstöße durch Auslegung ausgeschieden werden. So ist z.B. als Gewalt - etwa in § 249 StGB - nur eine "nachhaltige Behinderung" ⁵⁶⁾ anzusehen. Diese restriktive Interpretation von Tatbeständen ist bisher weder von der Rechtsprechung noch vom Gesetzgeber als Allgemeinprinzip anerkannt. Nur vereinzelt wird ihm Rechnung getragen. So soll nach der Rechtsprechung etwa die "körperliche Mißhandlung" in § 223 StGB nur die erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens betreffen ⁵⁷⁾. Das Strafgesetzbuch selbst enthält eine begriffliche Einengung etwa in § 184c StGB, wonach sexuelle Handlungen nur solche sind, "die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind" ⁵⁸⁾.

Die letztgenannte Regelung führt bereits zu einem anderen Lösungsweg: nämlich "durch Auswahl enger

53) vgl. etwa Eser aaO S. 270f; Zipf, Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip, Festschrift für Peters 1974 S. 499

54) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969 S. 55ff

55) Roxin aaO S. 23f

56) Roxin aaO S. 24; aM BGHSt 18, 329, wo sogar das bloße Beseitigen des gewöhnlichen Haltens eines Gegenstandes unter Gewaltanwendung fallen soll.

57) BGHSt 14, 269

58) Die Bestimmung folgt dem Vorschlag im Alternativentwurf eines StGB, Bes. Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband S. 84, 86, §§ 125, 127, 128

Tatbestandsmerkmale die Strafrechtsschwelle anzuheben" ⁵⁹⁾. Zu dieser Forderung, die sich auf die unselbständigen leichten Delikte bezieht, gehört die Herabstufung der Kleinkriminalität auf die Ebene der Ordnungswidrigkeiten ⁶⁰⁾. Dies scheint aber schon deswegen zu scheitern, weil eine scharfe Abgrenzung zwischen Kriminalunrecht und bloßem Ordnungsunrecht oder völlig belanglosen Handlungen rechtstechnisch nicht durchführbar erscheint ⁶¹⁾. Diese Bedenken werden etwa in Ansehung der oben genannten Bestimmung des § 184c StGB erhärtet. Wann sind Handlungen "von einiger Erheblichkeit", damit sie sexuelle Handlungen im Sinne des Gesetzes sind? Oder: Wie will man "geringwertige Sachen" (in § 248a StGB) näher kennzeichnen? Mit diesen vagen Formulierungen werden die Schwierigkeiten, die sich aus der - zumindest zunächst - zu weiten Fassung der Tatbestände ergibt, nicht restlos gelöst. Immerhin werden aber ganz bestimmte, nicht ahndungsbedürftige Verfehlungen bereits im materiellen Strafrecht ausgeschieden. Der Diebstahl eines einzigen Pfennigs wäre danach sicherlich kein strafbares Unrecht mehr. Damit würde auch der Gesetzgeber seiner Aufgabe zur Fassung von Tatbeständen, die lediglich sozial unerträgliches Verhalten betreffen, wenigstens halbwegs gerecht.

Hinzu kommt freilich eine andere Schwierigkeit: Der Gesetzgeber sieht sich nicht in der Lage, einen quantitativen Abgrenzungsmaßstab durchgängig für

59) Baumann, Minima non curat praetor, Festschrift für Peters 1974 S. 10; dafür auch Krümpelmann aaO S. 17; Dencker aaO S. 146; dagegen Dreher, Die Behandlung der Bagatellkriminalität, Festschrift für Welzel 1974 S. 917ff
60) Baumann aaO S. 10; ders. ZRP 1972 S. 273f
61) vgl. oben S. 121; Dreher aaO S. 922ff

die Beurteilung eines Verhaltens als kriminell oder nichtkriminell zuzulassen. Es geht hierbei nicht um rechtstechnische Probleme wie die der Wortfassung, sondern um die befürchtete Relativierung von einmal getroffenen Wertentscheidungen, insbesondere der "Relativierung des Eigentumsbegriffes" ⁶²⁾. Die Wegnahme von nur wenigen Pfennigen soll nach dieser Ansicht Diebstahl, § 242 StGB, sein und damit kriminelles Unrecht bleiben ⁶³⁾, weil "mit der projektierten Umwandlung sozialetisches Unrecht zu ethisch farblosem bloßen Ordnungsunrecht deklariert würde" ⁶⁴⁾. Aus diesem Grunde wird an der qualitativen Grenze zwischen einem Bagatellunrecht krimineller Art und einem Ordnungsunrecht festgehalten ⁶⁵⁾.

Diese Position ist deswegen nicht einsichtig, weil der Gesetzgeber vereinzelt, durch Bestimmung von Auslegungskriterien, etwa in § 184c StGB, selbst eine quantitative Grenze gezogen hat und nicht allein auf den prozessualen Ausweg verfallen ist; zum anderen, weil es widersinnig erscheint, stark sozialschädliche Handlungen wie die nach §§ 38, 39 GWB als Ordnungswidrigkeiten, d.h. als "ethisch farbloses" Ordnungsunrecht, zu behandeln, während minimale Beeinträchtigungen wie die eines Diebstahls von wenigen Pfennigen ipso iure die Strafberechtigung entstehen läßt ⁶⁶⁾. Die Erkenntnis dieser Diskrepanz führt zu der Forderung nach einem quantitativen Abgrenzungsmaßstab. Das heißt, der Gesetzgeber

62) Befürchtung des MdB Dr. Wittmann, BT-Prot. 6. Wahlperiode 165. Sitzung v. 26. 1. 1972 S. 9530

63) so die in § 248a StGB getroffene Wertentscheidung; dazu kritisch Dencker aaO S. 145f

64) Dreher aaO S. 929

65) Dreher aaO S. 933; ebenso Eckl ZRP 1973 S. 141

66) vgl. Baumann ZRP 1972 S. 274f

hat die Aufgabe, die Strafrechtsschwelle innerhalb des Tatbestandes so anzuheben, daß nur sozial unerträgliche Handlungen in die Strafzone gelangen können⁶⁷⁾.

So gesehen ist die prozessuale Lösung in §§ 153, 153a StPO nur eine Relativierung der Wertentscheidung des Gesetzgebers, die - jedenfalls, was das von vornherein quantitativ abgrenzbare Verhalten betrifft - im materiellen Recht hätte getroffen werden müssen⁶⁸⁾. Solange freilich eine Lösung im StGB nicht gefunden ist, die die bagatellarenischen Verstöße aus dem Strafbereich ausnimmt, ist die Befugnis und Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, bei "geringer Schuld" und fehlendem öffentlichen Interesse das Verfahren nach § 153 StPO einzustellen, notwendiges Ventil⁶⁹⁾. Nur so kann die Be- strafung nicht ahndungsbedürftigen Verhaltens ver- hindert werden.

4.1.2.4. Zum Verhältnis der "geringen Schuld" zum "öffentlichen Interesse"

Nach den unter 4.1.1.2.3., S. 88ff, und 4.1.2.1.-3., S. 109ff, angestellten Erörterungen ist deutlich geworden, daß "geringe Schuld" und "fehlendes öffentliches Interesse" unterscheidbar sind und etwas Verschiedenes bedeuten. Grob gesagt; Das öffentliche Interesse ist gekennzeichnet durch Anliegen von General- und Individualprävention; geringe Schuld bedeutet fehlendes Ahndungsbedürfnis wegen geringer "krimineller Energie". Überschneidungen sind mög-

67) Krümpelmann aaO S. 16f; Peters ZStW 77 S. 501; Baumann, *Minima non curat praetor*, Festschrift für Peters 1974 S. 10f; Dencker aaO S. 145f

68) Dencker aaO S. 146, der dies an Hand des neuen § 248a StGB, der an die Stelle der §§ 370 Abs. 1 Nr. 5, 248a StGB aF trat, erörtert.

69) Für die Beibehaltung der prozessualen Lösung Cramer aaO S. 496

lich, wie etwa bei freiwilligen Leistungen zur Schadenswiedergutmachung. Dies liegt daran, daß das öffentliche Interesse in § 153 StPO nicht nur einen "objektiven Maßstab" ⁷⁰⁾ setzt, sondern auch durch die Berücksichtigung individualpräventiver Gesichtspunkte auf den konkreten Täter bezogene Umstände erfaßt ⁷¹⁾. Festzuhalten ist, daß der Auffassung von Vogel ⁷²⁾, wonach das Fehlen des öffentlichen Interesses der Oberbegriff und die geringe Schuld der Unterbegriff seien, nicht gefolgt werden kann.

Nach dem Wortlaut des § 153 StPO müssen beide Faktoren, fehlendes öffentliches Interesse und geringe Schuld, nebeneinander gegeben sein, damit die Staatsanwaltschaft von Strafverfolgung absehen kann. Damit wird der Wirkungsumfang der geringen Schuld begrenzt ⁷³⁾. Danach ist eine Einstellung des Verfahrens dann nicht zulässig, wenn etwa aus generalpräventiven Gründen eine Verfolgung angezeigt ist, obwohl das Maß der Schuld als gering anzusehen wäre. Dies erscheint nicht gerechtfertigt, wenn man - wie hier - geringe Schuld definiert als fehlendes Ahndungsbedürfnis wegen geringer krimineller Energie und den Satz von "minima non curat praetor" ernstnimmt. Funktion der "geringen Schuld" in § 153 StPO ist doch, die einmal im StGB getroffene Wertentscheidung im konkreten Fall zu relativieren, ein Zwang, der insbesondere aus der in den Straftatbeständen zu niedrig angesetzten Strafrechtsschwelle resultiert. Oben wurde bereits dar-

70) s. o. S. 90

71) insbesondere bei § 153a StPO; s. o. S. 100ff

72) Vogel aaO S. 203

73) Naucke aaO S. 204

gelegt, daß die Verfolgung generalpräventiver Ziele im Strafverfahren nur solange berechtigt ist, solange eben die Pönalisierung eines bestimmten Verhaltens selbst gerechtfertigt ist ⁷⁴⁾. Aus der Funktion des Strafrechts als "subsidiäre Rechtsgüter- und Leistungssicherung" ⁷⁵⁾ folgt aber, daß nur erhebliche sozialschädliche Verhaltensweisen berechtigterweise unter Strafe gestellt und verfolgt werden dürfen ⁷⁶⁾.

Davon ausgehend erscheint es nicht folgerichtig, daß der Wirkungsumfang der geringen Schuld durch den Hinweis auf das öffentliche Interesse begrenzt wird ⁷⁷⁾. Dies gilt zumindest dann, wenn die Schuld so minimal ist, daß sie unter keinem Gesichtspunkt mehr ins Gewicht fällt, etwa bei einem Diebstahl von 10 Pfennigen. In diesem Fall ist die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses in § 153 StPO ausgeschlossen. Der "geringen Schuld" kommt in diesem Bereich unbedingte Priorität zu. Ist das Schuldmaß höher, gleichwohl aber noch gering, d.h. unter dem Durchschnitt liegend, muß nicht unbedingt die vom Gesetzgeber getroffene Wertentscheidung relativiert werden. In diesem Bereich können sich dann Anliegen von General- und Individualprävention auswirken.

74) vgl. oben S. 17ff; Roxin JuS 1966 S. 383

75) Roxin aaO

76) vgl. etwa Zipf, Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip, Festschrift für Peters 1974 S. 499

77) vgl. Naucke aaO S. 204: "Über die Zweckmäßigkeit und Effektivität dieses Hinweises kann man streiten".

4.1.3. Staatspolitische Gründe der Einschränkung
des Legalitätsprinzips - Interessenkollisionen
bei §§ 153d, 153c Abs. 2 und 3 StPO

Das 8. Strafrechtsänderungsgesetz vom 25. 6. 1968 brachte mit der Neufassung der damaligen §§ 153c und 153b Abs. 2 und 3 StPO aF eine bedeutende Erweiterung der Einstellungsbefugnisse in Staatsschutzsachen. Diese Bestimmungen entsprechen nunmehr - bedingt durch die Einführung des § 153a StPO - den §§ 153d und 153c Abs. 2 und 3 StPO ¹⁾.

Gemäß § 153d StPO kann der Generalbundesanwalt von der Verfolgung politischer Straftaten, etwa Fortführung einer für verfassungswidrig erklärten Partei, § 84 StGB, Hochverrat, § 81 StGB, Landesverrat, § 94 StGB, absehen, wenn "die Durchführung des Verfahrens die Gefahr eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde oder wenn der Verfolgung sonstige Überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen". Dieselbe Formulierung findet sich in § 153c Abs. 2 StPO, nur daß dort sog. Distanztaten betroffen sind, d.h. Taten, "die im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes durch eine außerhalb dieses Bereichs ausgeübte Tätigkeit begangen sind" ²⁾, etwa Landesverrat, § 94 StGB, gegen die BRD im Ausland. Beide Vorschriften gehen also von einer gleichen oder ähnlichen Interessenkollision aus ³⁾. Diese potentielle Interessenkollision soll an Hand der Bestimmung des § 153d StPO dargestellt werden.

4.1.3.1. Bei den in § 153d Abs. 1 StPO genannten Straftaten handelt es sich meist um Delikte, die

1) Art. 21 Nr. 47 EGStGB v. 2. 3. 1974, BGBl I/Nr.22 S. 508f

2) vgl. § 9 StGB

3) vgl. Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 32. Aufl. 1975
§ 153c Anm 6 B und § 153d Anm 1

vom Gesetzgeber im Grundsatz als schwerwiegend angesehen werden und deshalb in der Regel hohe Strafdrohungen aufweisen. Von daher scheint ein starkes Interesse an strikter Verfolgung dieser politischen Straftaten vorgegeben zu sein. Der Staat hat ein legitimes Interesse, seinen Bestand und bestimmte Verfassungsgrundsätze ⁴⁾ zu schützen.

Mit Hilfe der Strafverfolgung sollen potentielle politische Täter abgeschreckt werden ⁵⁾. Die Frage ist nur, ob und inwieweit sich durch Strafandrohung und Strafverfolgung andere potentielle Täter von der Begehung politischer Taten abhalten lassen.

Auszugehen ist davon, daß sehr viele dieser politischen Taten eben aus politischer Überzeugung begangen werden, also sog. Überzeugungstaten sind ⁶⁾.

Potentielle politische Überzeugungstäter als Adressaten von Strafverfolgung im generalpräventiven Sinne lassen sich aber wohl nur selten durch Strafandrohung und Strafverfolgung abschrecken, weil sie eben ihre politische Überzeugung höher stellen als die Angst vor Strafverfolgung. Strafverfolgung ist aus diesem Grunde insoweit auch kein schwerwiegendes wirksames individualpräventives Instrument.

Weil es sich aber bei den in § 153d StPO genannten Straftaten zum Teil um äußerst schwerwiegende Delikte handelt, darf auch die möglicherweise kleinere Gruppe von potentiellen Tätern nicht unberücksichtigt bleiben, die aus anderen als politischen Motiven Staatsschutzdelikte begehen, etwa weil ihre persönlich prekäre Situation ausgenutzt wird und sie dadurch z.B. zum Landesverrat getrieben werden

4) vgl. § 92 StGB

5) vgl. zur Generalprävention als Forderung nach dem Legalitätsprinzip oben S. 35

6) Göppinger, Kriminologie, 1971 S. 403

oder aber nur, weil sie sich finanzielle Vorteile davon versprechen⁷⁾. Im Hinblick auf diese Gruppe können von einer Strafverfolgung durchaus präventive Wirkungen erwartet werden. Der Wunsch nach Geld oder nach Geheimhaltung erpressungsfähiger Sachverhalte ist nicht ohne weiteres gewichtiger als die Angst vor Strafverfolgung.

Ein weiterer Gesichtspunkt ist für die Frage nach der präventiven Wirkung von Strafverfolgung in Staatsschutzsachen bedeutsam: Längst nicht alle diesbezüglichen Delikte gelangen zur Anklage oder werden, sofern es zur Anklage kommt, entsprechend dem Strafurteil geahndet⁸⁾. Insbesondere wird bei Spionagetätigkeit, vgl. §§ 93 - 100a StGB, im Austauschverfahren als Gegenleistung für auswärtige Haftentlassungen von Strafverfolgung oder von vollständiger Verbüßung der Strafe abgesehen. Dies galt auch schon vor Inkrafttreten des 8. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 25. 6. 1968⁹⁾. So erklärt sich, daß z.B. wegen Landesverrats, §§ 100-100f StGB aF, am 31. 12. 1966 1530 staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren anhängig waren, zu diesem Zeitpunkt aber lediglich 35 Täter in Strafhaft waren¹⁰⁾. Nur in seltenen Fällen sind bei Staatsschutzsachen bisher die Strafdrohungen realisiert und eventuelle Abschreckung und individuelle Einwirkung auf den Täter praktiziert worden. Die hohen Strafandrohungen brauchen so ernst nicht genommen zu werden. Solange dies so ist, kann die Präventivwirkung gegenüber potentiellen politischen Tätern auch nicht

7) vgl. Seelig/Bellavic, Kriminologie, 3. Aufl. 1963 S. 139

8) vgl. Lehmann, Legal und opportun, 1966

9) vgl. Güde, zit. bei Lehmann aaO S. 65; Lüttger JZ 1964 S. 569, vgl. Beispiele dort

10) Lüttger MDR 1967 S. 260, 262

endgültig beurteilt werden. Es ist jedenfalls nicht auszuschließen, daß auch politische Überzeugungstätter mehr als bisher durch strikte Realisierung der Strafandrohung abgeschreckt werden können.

4.1.3.2. Dem vor allem aus generalpräventiven Gründen entspringenden Interesse an der Strafverfolgung stehen bei Staatsschutzsachen des öfteren andere Interessen entgegen, die sich auf die Sicherheit der BRD oder andere, dem allgemeinen Wohl dienende politische Ziele beziehen. Als Hauptbeispiel dafür nennt § 153d StPO die "Gefahr eines schweren Nachteils für die BRD" bei Durchführung des Strafverfahrens. Schwere Nachteile können in der Verletzung der äußeren Sicherheit bestehen ¹¹⁾. Zudem genügt nach einhelliger Auffassung bereits die Gefährdung des innenpolitischen Friedens, des Arbeitsfriedens, des wirtschaftlichen Wohls ¹²⁾. Als Beispiel dafür möge ein konkreter Fall aus dem Jahre 1963 dienen: Damals wurde der Chefredakteur des Ostberliner "Deutschlandsenders", Dr. Grasnick, der sich als Prozeßbeobachter in der BRD aufhielt, unter Hinweis auf den damaligen § 92 StGB aF wegen staatsgefährdenden Nachrichtendienstes verhaftet. Vier Tage danach kontrollierten DDR-Zöllner den Autobahnverkehr nach Berlin so sorgfältig, daß sich Tausende von Fahrzeugen stauten ¹³⁾. Durch die Strafverfolgung Grasnicks wurden das allgemeine Wohl der Bürger der BRD und West-Berlins, die Stellung West-Berlins zur BRD und auch das wirtschaftliche Wohl tangiert ¹⁴⁾.

11) Kleinknecht aaO § 153c Anm 6 A

12) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971 § 153b Abs. 2 aF Anm 7; Kleinknecht aaO

13) ausführlich dazu Lehmann aaO S. 62f

14) Ob diese Gefährdung ausreichend iSd § 153d StPO war, kann selbstverständlich unterschiedlich beurteilt werden.

Als "sonstige entgegenstehende Überwiegende öffentliche Interesse" iSd § 153d StPO ist vor allem das Bedürfnis nach Austauschaktionen zu nennen. Der Staat hat ein Interesse daran, Freilassungen seiner Bürger in einem anderen Machtbereich zu erreichen oder nicht zu verhindern ¹⁵⁾. Dies kann oft nur durch Absehen von Strafverfolgung im eigenen Machtbereich - also durch Austausch - geschehen.

Wie groß das Interesse daran ist, bei Staatsschutzsachen das strikte Legalitätsprinzip aufzulockern und zu modifizieren, mag Vor- und Entstehungsgeschichte des 8. Strafrechtsänderungsgesetzes belegen. Vor der Geltung der §§ 153d, 153c Abs. 2 StPO gab es mit Ausnahme des jetzigen § 153e StPO, der seit 1957 in Kraft ist und das Absehen von Strafverfolgung lediglich bei tätiger Reue ermöglicht, keine Bestimmung, die das unbedingte Legalitätsprinzip in Staatsschutzsachen begrenzt hätte. Dennoch wurde in der Praxis praeter legem vom uneingeschränkten Legalitätsprinzip abgewichen. Dies mag einmal der oben genannte Fall Grasnick verdeutlichen. Der gegen ihn ergangene Haftbefehl wurde nach zwanzig Tagen aufgehoben, ohne daß dafür eine zureichende Begründung gegeben wurde ¹⁶⁾. Ein weiteres Beispiel: Im Jahre 1963 wurde Hofé, der Leiter des "Verlags der Nation" in Ost-Berlin, beim Besuch der Buchmesse in Frankfurt als "Ost-Agent" verhaftet. Nach 10 Monaten wurde Hofé plötzlich aus der Haft entlassen, ohne daß jemals Gründe dafür bekannt wurden ¹⁷⁾. Daß es sich hierbei nicht um Einzelfälle handelte, ist ersichtlich aus einer Stellungnahme des damaligen Generalbundesanwalts

15) Kleinknecht aaO § 153c Anm 6 B

16) vgl. näher Lehmann aaO S. 62f mwN

17) vgl. näher Lehmann aaO S. 64

Güte, wonach "das Legalitätsprinzip in politischen Sachen weitgehend durchbrochen ist" 18).

Es bestand also schon sehr früh ein starkes Bedürfnis, zur Abwendung von Gefahren für die BRD und zur Durchsetzung politischer - auch humanitärer - Ziele, gerade auch im Hinblick auf das Verhältnis der BRD, West-Berlins und der DDR, in Staatsschutzsachen das uneingeschränkte Legalitätsprinzip aufzuheben 19). Die Einführung des Opportunitätsprinzips bei Staatsschutzdelikten wurde deshalb, nicht zuletzt auch, weil sie eine bisher ungesetzliche Praxis legalisierte, zum großen Teil begrüßt 20). Die Bestimmung des § 153e StPO allein wird zwar dem kriminalpolitischen Bedürfnis, einen Anreiz zum Rücktritt bzw. für eine entsprechende Ausgleichshandlung zu schaffen, theoretisch gerecht; ihre Anwendung ist und war jedoch nur auf wenige Fälle beschränkt 21). Daneben mußten, zumindest um der Praxis gerecht zu werden, weitere Ausnahmen vom Legalitätsprinzip treten.

4.1.3.3. Die in § 153d StPO beschriebene Interessenkollision macht eine Abwägung notwendig 22); Gerade weil aber der Begriff der "sonstigen Überwiegenden öffentlichen Interessen" recht unbestimmt ist und nur ein Hauptbeispiel dafür, das des "schweren

18) Güde, zit. bei Lehmann aaO S. 65; vgl. auch Lüttger JZ 1964 S. 569 und die dort genannten Beispiele; Krauth-Kurfess-Wulf JZ 1968 S. 734

19) Krauth-Kurfess-Wulf aaO

20) Krauth-Kurfess-Wulf aaO; Lüttger aaO; Baumann JZ 1966 S. 329; Arndt, zit. bei Lehmann aaO S. 65; grundsätzlich dafür auch Faller, Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafverfahren, Festschrift für Maunz 1971 S. 84ff; aa Woessner NJW 1967 S. 758; Willms, Staatsschutz im Geiste der Verfassung, 1962 S. 16

21) Krauth-Kurfess-Wulf aaO S. 735

22) Kleinknecht aaO § 153c Anm 6 B; vgl. auch die Begründung zum Entwurf eines 8. Strafrechtsänderungsgesetzes, BR-Drucksache 264/66

Nachteils", aufgeführt ist, scheint eine Abwägung - mangels Maßstäben für diese Abwägung - rechtlich einwandfrei nicht durchführbar ²³⁾. Diese Schwierigkeit läßt sich, wenn man einen politischen Entscheidungsspielraum der Exekutive und daher humanitäre und sonstige politische Geschäfte ²⁴⁾, beauftragt, nicht ausräumen, es sei denn, man will auf eine Legalisierung der durchdringenden politischen Praxis gänzlich verzichten. Der Gesetzgeber war sich im klaren darüber, daß es bei der Entscheidung nach § 153d StPO vorwiegend um Gesichtspunkte und Gründe geht, die "letztlich nicht juristisch sind" ²⁵⁾. Genaue Regeln für die Abwägung lassen sich deshalb nicht aufstellen ²⁶⁾.

Abgesehen davon, daß es zur Erhaltung des allgemeinen Wohls und zur Abwendung von Gefahren zweckmäßig ist, der Exekutive einen bestimmten politischen Freiraum einzuräumen, darf nicht übersehen werden, daß sich der in § 153d StPO geregelte Freiraum auf Straftaten bezieht, die regelmäßig keinen konkreten "Verletzten" etwa iSd § 172 StPO haben ²⁷⁾. Von Staats wegen braucht hier deshalb auch niemand "Justiz gewährt" zu werden. Justizgewährung ist nun aber gerade einer der tragenden Gründe für das Legalitätsprinzip. Das Legalitätsprinzip hat sich aus der staatsrechtlichen Justizgewährungspflicht entwickelt ²⁸⁾. Wo eine solche Pflicht gegenüber

23) vgl. Faller aaO S. 84f

24) vgl. Jagusch in Der Spiegel, Nr. 36 v. 2. 9. 1964 S.20f, zit. bei Lehmann aaO S. 64

25) Krauth-Kurfess-Wulf aaO S. 734; vgl. Entwurf eines 8. StAG, BT-Drucks V/898 Prot. S. 1587

26) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg aaO: "Die Politik überrollt hier die Rechtspflege, ohne daß sich dem etwas entgegenstellen läßt".

27) vgl. oben S. 40f

28) vgl. oben S. 36ff

einzelnen Bürgern nicht wahrgenommen werden muß, braucht das Legalitätsprinzip nicht strikt durchgeführt zu werden, es sei denn, es drängen sich andere Gründe für seine unbedingte Einhaltung auf. Dieser Gesichtspunkt wird übersehen, wenn gesagt wird, daß es auch bei Staatsschutzsachen "ausschließlich um die Abwehr kriminellen Unrechts" gehe und daß es deswegen "evident" sei, "daß der Legalitätsgrundsatz im Bereich des politischen Strafrechts eine ebenso strikte Beachtung beansprucht wie gegenüber Delikten der gemeinen Kriminalität" ²⁹⁾. Einmal gibt es bei der sog. "gemeinen Kriminalität" begründete Ausnahmen vom uneingeschränkten Legalitätsprinzip; zum anderen besteht bei Staatsschutzsachen ein praktisches, rechtlich absicherbares Bedürfnis nach einer Ausnahme von der Regel.

Die Interessen, die in § 153d StPO zu einer Begrenzung des Legalitätsprinzips führen, sind mit dem Hinweis auf die "Gefahr eines schweren Nachteils für die BRD" oder "sonstigen Überwiegenden öffentlichen Interessen" umfassend - wenn auch nicht unbedingt genau - beschrieben. Es ist nicht vorstellbar, wieso die Staatsanwaltschaft, wenn diese Interessen überwiegen, noch auf grund anderweitiger Interessen die Verfolgung durchführen sollte ³⁰⁾. Denn damit würde sie ja die Gefahr eines schweren Nachteils für die BRD oder andere Beeinträchtigungen des allgemeinen Wohls heraufbeschwören. Die Fassung des § 153d StPO als Kann-Bestimmung ist von daher sinnlos. Der Ausdruck "kann" ist zu vermeiden, weil eben sämtliche Erwägungen bei der

29) Willms aaO S. 16

30) F.C. Schroeder, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute, Festschrift für Peters 1974 S. 419

aufgezeigten Interessenkollision bereits bei der Beurteilung der genannten Begriffe anzustellen sind ³¹⁾.

4.1.3.4. Besorgnis erregen kann die Fassung des § 153d StPO ferner insoweit, als damit die Möglichkeit der unterschiedlichen Behandlung von rechts und links eröffnet ist ³²⁾. Dies gilt insbesondere für die Verfolgung der im Besonderen Teil, 1. Abschnitt im Dritten Teil des StGB aufgeführten Tatbestände ("Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates"), etwa der "Fortführung einer für verfassungswidrig erklärten Partei", § 84 StGB, des "Verstoßes gegen ein Vereinigungsverbot", § 85 StGB, des "Verbreitens von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen", § 86 StGB.

Allerdings: Diese Gefahr ist nicht erst durch die Bestimmung des § 153d StPO und deren allgemein gehaltene Formulierung entstanden. Auch unter der Geltung des uneingeschränkten Legalitätsprinzips war die Praxis darauf eingestellt, unterschiedlich - je nach politischer Zweckmäßigkeit - Anklage zu erheben oder das Verfahren gar nicht erst einzuleiten oder einzustellen ³³⁾. Als den Schein der Legalität wahrendes Mittel kann das Verfahren gem. § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO wegen Fehlens hinreichenden Tatverdachts eingestellt werden mit der Begründung etwa wie im Fall Grasnick ³⁴⁾: "Dagegen konnten aber keine genügenden Beweise erbracht werden, daß der Beschuldigte sich der strafrechtlichen Bedeutung seiner gegen die verfassungsmäßige Ordnung

31) F. C. Schroeder aaO S. 419

32) vgl. Woesner aaO S. 758

33) vgl. oben S. 132f; Lehmann aaO

34) s.o. S. 131f

der Bundesrepublik Deutschland gerichteten Tätigkeit bewußt gewesen sei" 35).

Festzuhalten ist, daß es nicht an der Einschränkung des Legalitätsprinzips liegt, wenn eine unterschiedliche Behandlung in Staatsschutzsachen erfolgt. Zu folgen ist vielmehr der Einschätzung Kohlhaas, wonach "die Politik hier die Rechtspflege überrollt, ohne daß sich dem etwas entgegenstellen läßt" 36). Es bleibt insgesamt gesehen nur ein Appell an die Entscheidungsinstanzen übrig, einmal die Präventivwirkung der Strafverfolgung auch als politisches Instrument zu berücksichtigen, zum anderen von der vagen Klausel von den "entgegenstehenden Überwiegenden öffentlichen Interessen" in einer Weise Gebrauch zu machen, die eine sachgerechte Abwägung beinhaltet und insbesondere nicht zur rigorosen unterschiedlichen Behandlung von rechts und links dient.

4.1.3.5. Die in § 153d StPO beschriebene Interessenkollision findet sich in gleicher Form in der Bestimmung des § 153c Abs. 2 StPO. Allerdings sind hier nicht spezielle Staatsschutzdelikte angesprochen 37), sondern Taten des allgemeinen Strafrechts in der Form von Distanztaten. Die Vorschrift dient aber indirekt der sachgemäßen Anwendung der Bestimmungen über die Einschränkung des Verfolgungszwangs, nämlich in den häufigen Fällen, in denen Staatsschutzdelikte, die in § 153d StPO aufgezählt sind, mit allgemeinen Distanztaten zusammentreffen 38). Es kann deswegen im Grundsatz auf die oben

35) Aus dem Haftaufhebungsbeschluß des Ermittlungsrichters, FAZ v. 22. 6. 1963, zit. bei Lehmann aaO S. 63

36) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg aaO

37) vgl. aber § 153c Abs. 4 StPO

38) Krauth-Kurfess-Wulf aaO S. 733

bei § 153d StPO angestellten Erwägungen verwiesen werden.

Zu berücksichtigen ist jedoch, daß bei den unter § 153c Abs. 2 StPO subsumierbaren Fällen durchaus die Justizgewährungspflicht eine Rolle spielen kann, wenn und weil durch die Distanztat, die nicht allein Staatsschutzdelikt ist, ein konkreter Verletzter betroffen ist. In diesen Fällen scheint das Interesse an der Strafverfolgung bei der Abwägung von vornherein stärker zu berücksichtigen zu sein als in jenen Fällen, die allein von § 153d StPO erfaßt werden können.

4.1.4. Prozeßökonomische Gründe der Einschränkung des Legalitätsprinzips bei §§ 154, 154a StPO

Gemäß § 154 StPO ¹⁾ kann von der Erhebung der öffentlichen Klage abgesehen werden, wenn die zu erwartende Strafe neben einer wegen einer anderen Tat bereits verhängten oder zu erwartenden Strafe nicht ins Gewicht fällt. Die Anwendung des § 154 StPO setzt mehrere Taten iSd § 264 StPO voraus ²⁾. Eine ähnliche Ausnahme vom strikten Legalitätsprinzip macht die erst im Jahre 1963 eingefügte Bestimmung des § 154a StPO. § 154a StPO betrifft die Strafverfolgung einzelner abtrennbarer Teile einer Tat ³⁾ oder einzelner von mehreren Gesetzesverletzungen, die durch ein und dieselbe Handlung begangen worden sind ⁴⁾. Fallen diese für die zu erwartende Strafe nicht ins Gewicht, kann die

1) eingeführt durch die VO vom 4. 1. 1924

2) vgl. näher Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, StPO, 22. Aufl. 1971 § 154 Anm 4; Kleinknecht, StPO, 32. Aufl. 1975 § 264 Anm 1

3) z.B. Tateinheit innerhalb einer Tat iSd § 264 StPO; ein Teil einer fortgesetzten Handlung

4) Tateinheit, § 52 StGB

Staatsanwaltschaft gemäß § 154a StPO die Verfolgung auf die übrigen Teile der Tat oder die übrigen Gesetzesverletzungen beschränken ⁵⁾.

Beide Bestimmungen, § 154 wie § 154a StPO, gehen von denselben Zielvorstellungen, nämlich Erfordernissen der Prozeßökonomie, aus: Das Strafverfahren soll durch Abkürzung beschleunigt, vereinfacht, verbilligt und klarer gestaltet werden ⁶⁾. Angesichts der unbewältigten Flut von Verfahren ⁷⁾ ist dies eines der dringendsten verfahrensrechtlichen Erfordernissen ⁸⁾. Dementsprechend ist die Staatsanwaltschaft angewiesen, "die Ermittlungen schnell und zielbewußt durchzuführen", "das Wesentliche vom Unwesentlichen zu scheiden", "bei nebensächlichen oder weniger bedeutsamen Punkten nach §§ 154, 154a StPO zu verfahren" ⁹⁾. Insbesondere wenn es sich um umfangreiche Strafsachen handelt, kann die Aussonderung der weniger schweren Taten dazu beitragen, das Verfahren abzukürzen und zu vereinfachen ¹⁰⁾.

Das Ausscheiden von strafbaren Handlungen oder einzelnen von mehreren Gesetzesverletzungen gemäß §§ 154, 154a StPO ist nur gestattet, wenn die zu erwartende Strafe "nicht ins Gewicht fällt". Das heißt, es kommt darauf an, ob die zu erwartende Strafe im Ergebnis kriminalpolitisch bedeutungslos

5) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg aaO § 154 Anm 1; BayObLG NJW 1969 S. 1185

6) siehe auch § 154a Abs. 2 und 3 StPO

7) vgl. etwa Serwe Kriminalistik 1970 S. 377

8) Baumann, Minima non curat praetor, Festschrift für Peters 1974 S. 3f

9) RiStBV Nr. 7

10) vgl. RiStBV Nr. 86

ist ¹¹⁾. Dies ist dann der Fall, wenn die Strafe bei Berücksichtigung des Ausgeschiedenen im Einzelfall wenig erhöht würde ¹²⁾. §§ 154, 154a StPO sind daher gegebenenfalls auch dann anwendbar, wenn für die Tat, deren Ausscheiden erwogen wird, ein schwererer Strafraum besteht, falls der andere Strafraum eindeutig ausreicht ¹³⁾.

Eindeutige und klare Richtlinien für die Beurteilung, ob eine Tat nicht ins Gewicht fällt, lassen sich nicht aufstellen. Es ist auch schwer vorstellbar, daß im konkreten Fall nur eine Beurteilung dieses Begriffs richtig ist. Deshalb wird das Merkmal des "nicht ins Gewicht fallen" als reiner Ermessensbegriff angesehen, der eine Entscheidung nach Zweckmäßigkeitserwägungen begründet ¹⁴⁾.

Die Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens hat sich an Arbeitsaufwand und kriminalpolitischen Zielsetzungen, also präventiven Zwecken, zu orientieren. Dabei ist als generalpräventiver Gesichtspunkt zu berücksichtigen, daß für die Öffentlichkeit als abschreckendes Moment nicht so sehr die Masse der zu verfolgenden Straftaten und damit die erhöhte Strafdrohung ins Gewicht fällt als vielmehr die Tatsache, daß überhaupt eine Strafverfolgung gegen einen bestimmten Beschuldigten stattfindet. Ähnliches gilt für den individualpräventiven Aspekt: Dem Beschuldigten mag zwar im konkreten Fall jede nur mögliche Strafminderung durch Ausscheiden von Straftaten recht sein, beeindruckt läßt er sich gleichwohl - wenn überhaupt - allein durch den Strafausspruch wegen einer Hauptsache.

11) Löwe-Rosenberg aaO § 154 Anm 3; Eb. Schmidt, Lehrkommentar Teil II, 1957 § 154 Rdn 2

12) Kleinknecht aaO § 154a Anm 2: "je nach Fall etwa bis zu einem Viertel".

13) sog. konkrete Betrachtungsweise; Kleinknecht aaO § 154 Anm 1

14) Löwe-Rosenberg aaO; Eb. Schmidt aaO § 154 Rdn 4

Präventive Gesichtspunkte dürften daher nur in Ausnahmefällen die Einstellung nach §§ 154, 154a StPO verhindern, wenn gesichert ist, daß wenigstens wegen der Hauptsache verfolgt wird. Beschleunigung und Vereinfachung sind - um die Strafjustiz überhaupt funktionstüchtig zu halten - derart wichtige verfahrensrechtliche Erfordernisse, daß justizieller Arbeitsaufwand um einer rein formalen Tatbestandserfüllung wegen ohne kriminalpolitischen Zweck vermieden werden muß ¹⁵⁾. Deswegen kann auch das Prinzip der Gleichheit, einer Gleichheit, die bei Verletzung desselben, in einem Fall ausscheidbaren Tatbestandes ohne Berücksichtigung der anderen Umstände nur formale Gleichheit bedeutet, der begünstigenden Einstellung nach §§ 154, 154a StPO nicht entgegenstehen ¹⁶⁾.

4.1.5. Sonstige Gründe der Einschränkung des Legalitätsprinzips, §§ 154d, 154e StPO

4.1.5.1. zu § 154d StPO

Gemäß § 154d StPO kann die Staatsanwaltschaft, sofern die Erhebung der öffentlichen Klage von einer nach bürgerlichem oder Verwaltungsrecht zu beurteilenden Frage abhängt, zur Austragung der Frage vor den Zivil- oder Verwaltungsgerichten eine Frist bestimmen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen, § 154d Satz 3 StPO.

Grundsätzlich haben die Verfolgungsbehörden und Strafgerichte die präjudiziellen Rechtsverhältnisse

15) vgl. Eb. Schmidt aaO § 154 Rdn 2

16) ebenso Kohlhaas in Löwe-Rosenberg aaO § 154 Anm 3

mit zu prüfen und zu erledigen. Deswegen besteht die Gefahr, daß "das Strafverfahren als billiger Vorspann für ein bürgerlichrechtliches (oder verwaltungsrechtliches) Streitverfahren mißbraucht" wird ¹⁷⁾. Dies insbesondere dann, wenn der Anzeigerstatte das Strafverfahren als Druckmittel oder komplizierte Beweiserhebungen der Staatsanwaltschaft, für die er eigentlich zu sorgen hätte, zur Vorbereitung eines anderen Verfahrens benutzen will ¹⁸⁾.

Zwei miteinander korrespondierende Gründe sind es also, die hier zur Ausnahme vom Legalitätsprinzip führen. Einmal soll der Strafjustizapparat nicht dazu verwendet werden können, Ansprüche gegen einen anderen vorzubereiten oder mit Hilfe der drohenden Erhebung der Strafklage bereits durchzusetzen. Für die Durchsetzung dieser Ansprüche hat der Staat andere justizförmige Wege - eben das Zivil- oder Verwaltungsverfahren - eröffnet. Zum anderen soll die Staatskasse nicht mit solchen Kosten belastet werden, die an sich vom Anzeigerstatte zu tragen sind ¹⁹⁾.

Zu beachten ist, daß das Legalitätsprinzip nicht schon mit der Fristsetzung nach § 154d Abs. 1 Satz 1 StPO tangiert wird. Mit der Fristsetzung wird lediglich ein Schwebezustand geschaffen ²⁰⁾. Erst mit der Entscheidung gemäß § 154d Satz 3 StPO wird endgültig von weiteren Ermittlungen abgesehen und damit das Legalitätsprinzip berührt.

17) Eb. Schmidt aaO § 154a aF Rdn 3

18) Kleinknecht aaO § 154d Anm 1

19) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg aaO § 154d Anm 1

20) Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Nachträge zu Teil II 1967 § 154d Rdn 9; Kleinknecht aaO § 154d Anm 4; OLG Köln MDR 1951 S. 759; OLG Hamm NJW 1959 S. 154

Die Entscheidung gemäß § 154d StPO steht im Ermessen der Staatsanwaltschaft. Sie hat sich dabei von den oben dargestellten rechtspolitischen und prozeßökonomischen Gesichtspunkten leiten zu lassen.

4.1.5.2. zu § 154e StPO

Gemäß § 154e Abs. 1 StPO soll von der Erhebung der öffentlichen Klage wegen einer falschen Verdächtigung oder Beleidigung abgesehen werden, solange wegen der angezeigten oder behaupteten Handlung ein Straf- oder Disziplinarverfahren anhängig ist ²¹⁾. Diese Bestimmung stellt trotz ihrer Placierung im Gesetz in der Nachbarschaft mit Vorschriften über die Begrenzung der Verfolgungspflicht keine Ausnahme vom Legalitätsprinzip dar. Mit der Entscheidung gemäß § 154e StPO wird lediglich ein Schwebezustand geschaffen, der das Legalitätsprinzip nicht berührt ²²⁾.

21) vgl. auch § 154e Abs. 2 StPO

22) vgl. oben bei § 154d StPO, S. 142

4.2. Einschränkung des Legalitätsprinzips durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Bestandteil des Rechtsstaatsgedankens

Im vorigen Abschnitt wurden - insbesondere kriminalpolitische - Gründe aufgeführt, die für eine Auflockerung des strengen Legalitätsprinzips sprechen. Als allgemeiner "Aufhänger" für die Berücksichtigung dieser und weiterer Gründe ist ein herausragender verfassungsrechtlicher Gesichtspunkt bedeutsam, unter dem sich ein uneingeschränktes Legalitätsprinzip überprüfen lassen muß: der aus dem Rechtsstaatsgedanken entwickelte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ¹⁾. Von diesem Prinzip wird auch das Strafverfahren beherrscht ²⁾. Oben wurde bereits allgemein dargelegt, daß dieses Prinzip nicht erfordert, das Regel-Ausnahme-Verhältnis zu Lasten des Legalitätsprinzips und zu Gunsten des Opportunitätsprinzips umzukehren ³⁾. Allerdings gibt es einzelne Fallgruppen, bei denen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit der Folge der Auflockerung des Legalitätsprinzips zum Tragen kommen kann.

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bedeutet, daß das von einer Behörde oder einem sonstigen Hoheitsträger gewählte Mittel und der gewollte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen müssen ⁴⁾. Dieser Grundsatz ist etwa in Art. 8 Abs. 2 BayPAG so formuliert: "Ein durch eine Maßnahme der Polizei zu erwartender Schaden darf nicht erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten

1) vgl. oben S. 58; BVerfGE 10, 117; Jung, Straffreiheit für den Kronzeugen? 1974 S. 60: "Spätestens das Verhältnismäßigkeitsprinzip erweist sich als Einfallstor kriminalpolitischer Sachzwänge".

2) Faller, Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafverfahren, Festgabe für Maunz 1971 S. 80

3) s. o. S. 59f

4) BVerfGE 10, 117

Erfolg stehen". Die Polizei muß danach gegebenenfalls von einem Einschreiten absehen, wenn die Wirkung der Maßnahme einen materiellen oder ideellen Schaden anrichten würde, der, gemessen an dem Gesamtvorgang, unverhältnismäßig ist ⁵⁾.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt nur dann zum Tragen, wenn die Interessen von Gruppen oder einzelner Personen beeinträchtigt werden. Strafverfolgungsmaßnahmen lassen sich damit hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit am besten danach unterteilen, welche Interessen von ihnen betroffen werden. Anknüpfungspunkte für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit können also die Nachteile sein, die für die Gesellschaft der BRD, für den Beschuldigten, für das Opfer oder andere Personen durch die Strafverfolgung entstehen.

4.2.1. Nachteile für die Gesellschaft der BRD

4.2.1.1. Ein Schaden, oder zumindest eine Gefährdung, für die BRD, deren Bestand und wichtige Verfassungsgrundsätze, kann insbesondere in den in §§ 153d, 153c Abs. 2 StPO angesprochenen Fällen des Staatsschutzes entstehen. Dort besteht eine Interessenkollision zwischen dem Verfolgungsinteresse auf der einen Seite und dem Interesse an der Erhaltung des Staatswohls ⁶⁾. Eine Strafverfolgung ist dort nicht verhältnismäßig, wenn der mit ihr angestrebte Zweck, Überführung und Verurteilung des Täters, im konkreten Fall außer Verhältnis zum damit einhergehenden negativen Erfolg, der Gefährdung des Bestands und der Sicherheit der BRD steht.

5) Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl. 1975 S. 520

6) vgl. näher oben S. 128ff

Insoweit ist die in §§ 153d, 153c Abs. 2 StPO getroffene Regelung auch ein Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

4.2.1.2. Auch die Fälle, in denen aus Gründen der Prozeßökonomie, etwa in §§ 154, 154a StPO, auf Strafverfolgung verzichtet wird, lassen sich auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurückführen. Der durch die Strafverfolgung entstehende Arbeitsaufwand belastet die Staatskasse und fesselt die Justizbeamten. Umfangreiche Beweiserhebungen und langwierige Verfahren sind nur dann verhältnismäßig, wenn die verfolgte Tat wenigstens von einigem Gewicht ist. Ist sie das nicht, wie in den Fällen der §§ 153, 154, 154a StPO ist umfangreicher Arbeitsaufwand fehl am Platz. Die Strafjustiz würde daran gehindert, sich der weitaus bedeutenderen schweren Kriminalität zuzuwenden ⁷⁾. Durch den Ausfall der Strafrechtspflege in einem wichtigen Bereich würde damit die Gesellschaft der BRD insgesamt beeinträchtigt. Der Gesichtspunkt der Prozeßökonomie ist daher ein rechtsstaatlich legitimer Grund für eine Durchbrechung des strengen Legalitätsprinzips ⁸⁾.

4.2.1.3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist für eine weitere Bestimmung bedeutsam, nämlich die des § 154c StPO, wonach von Strafverfolgung abgesehen werden kann, wenn der Täter Opfer einer Nötigung oder Erpressung ist und diese Delikte durch die Drohung begangen werden, die Straftat zu offenbaren. Durch die drohende Strafverfolgung für den

7) Serwe Kriminalistik 1970 S. 379

8) Faller aaO S. 80; vgl. Nass, Der Staat und seine Verbrecher, 1968 S. 105

Erpreßten besteht - bei Geltung einer strikten Verfolgungspflicht - die Gefahr, daß die Strafbestimmung der Erpressung leerläuft ⁹⁾ und damit die Strafrechtspflege in diesem Bereich zum Schaden der Allgemeinheit ineffektiv bleibt. Zur Aufhellung der Dunkelziffer, die gerade bei der "Chantage"-Kriminalität ¹⁰⁾ sehr hoch einzuschätzen ist, ist es gerechtfertigt und auch notwendig, vom strikten Legalitätsprinzip abzugehen und dem Opfer unter bestimmten Voraussetzungen Straffreiheit zu gewähren. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit erweist sich hier wiederum als "Einfallstor kriminalpolitischer Sachzwänge" ¹¹⁾.

4.2.1.4. Die in § 154c StPO erkennbare Zielsetzung, nämlich Gewährung von Straffreiheit zur Senkung der Dunkelziffer in einem bestimmten Kriminalitätsbereich, zeigt Ähnlichkeiten mit den Überlegungen, die drei Gesetzentwürfen aus dem Jahre 1975 zugrundeliegen ¹²⁾. Diese Entwürfe sehen die Einführung eines Kronzeugen als Mittel zur Bekämpfung besonders gefährlicher krimineller Vereinigungen, sog. terroristischer Vereinigungen, vor ¹³⁾. Danach soll - durch die Einführung eines neuen § 129a StGB -- das Gericht in die Lage versetzt werden, Strafmilderung bzw. Straffreiheit für diejenigen Beschuldigten zu gewähren, die dazu beigetragen haben, daß die Tat aufgeklärt werden konnte. Die Gesetzesvor-

9) vgl. oben S. 66f; Jung aaO S. 64

10) s.o. S. 66

11) Jung aaO S. 60

12) Gesetzentwürfe des Landes Nordrhein-Westfalen, BT-Dr. 7/3734, der Bundesregierung, BT-Dr. 7/4005 und der Fraktionen der SPD und FDP, BT-Dr. 7/3729. Sämtliche Entwürfe sind freilich nicht Gesetz geworden.

13) vgl. J. Meyer ZRP 1976 S. 25; grundlegend zum Kronzeugen Jung aaO; vgl. auch die früher erwogene Einführung eines § 153f idF des 1. StVRG für den Bereich der Rauschmittelkriminalität

schläge bringen aber nicht nur einschneidende Änderungen im materiellen Recht, sondern auch im Strafverfahrensrecht. Große praktische Bedeutung 14) hätte die in einem neuen § 153b Abs. 3 StPO vorgesehene Befugnis des Generalbundesanwalts, mit Zustimmung des für die Hauptverhandlung zuständigen Gerichts von der Erhebung der öffentlichen Klage abzusehen. Spätestens mit der Einführung einer solchen Vorschrift würde das Legalitätsprinzip tangiert 15).

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert und erlaubt dann eine Durchbrechung des strikten Legalitätsprinzips, wenn eine Güterabwägung ergibt, daß der Einsatz von Straffreiheit zur Verbesserung der Aufklärung bei anderen bestimmten Delikten geboten ist 16). Die Zweck-Mittel-Relation muß angemessen sein.

Als sachlicher Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Gewährung von Straffreiheit für den Kronzeugen gilt der Aspekt eines Ermittlungsnotstands 17). Nur wenn in einem bestimmten Sonderbereich - bei den genannten Gesetzesvorschlägen die Bekämpfung terroristischer Vereinigungen - ein Ermittlungsnotstand besteht, der mit anderen Mitteln nicht zu beheben ist, soll es gerechtfertigt sein, "Ermittlungshilfe durch Gewährung von Straffreiheit zu honorieren" 18). Notwendige Voraussetzung für die Gewährung von Straffreiheit ist danach in erster Linie der gescheiterte Versuch, mit den herkömm-

14) J. Meyer aaO S. 25

15) vgl. Jung aaO S. 60ff; J. Meyer aaO S. 26

16) Jung aaO S. 69

17) Jung aaO S. 66; J. Meyer aaO S. 27

18) Jung aaO S. 66; J. Meyer aaO S. 27

lichen kriminaltaktischen Mitteln Aufklärung zu erzielen. Dies läßt sich nicht nur mit der bloßen Forderung nach der Bewahrung des Legalitätsprinzips, da wo seine Realisierung möglich ist, begründen ¹⁹⁾. Zu beachten ist auch: Würde man der Gewährung von Straffreiheit für den Kronzeugen die gleiche Rangstufe zukommen lassen wie anderen herkömmlichen kriminaltaktischen Mitteln und sie gleichermaßen anwenden, würde das den Eindruck erwecken, daß die herkömmlichen kriminaltaktischen Mittel eben wenig effizient seien ²⁰⁾. Deswegen wird die Verwendung der Aussage eines Kronzeugen vielfach als "Offenbarungseid der Strafrechtspflege und Zeichen eines geringen Entwicklungsstandes der Kriminalistik" angesehen ²¹⁾. Gewährung von Straffreiheit für Ermittlungshilfe muß daher Ausnahmecharakter haben.

Hinzu kommt ein weiteres Bedenken, das ebenfalls für den strengen Ausnahmecharakter einer derartigen Maßnahme spricht. Aus generalpräventiven Gründen ist es notwendig, den Gedanken der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung im Bewußtsein der Allgemeinheit zu erhalten und zu stärken ²²⁾. Der "Handel mit der Strafe" beeinträchtigt immer die Glaubwürdigkeit der staatlichen Strafrechtspflege ²³⁾. Diese Glaubwürdigkeit ist es aber, die überhaupt das Bewußtsein in die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung garantieren kann. Dieses Bewußtsein wird umso empfindlicher gestört, wenn schwerste Rechtsgutsverletzungen im Wege eines Tausch-

19) vgl. Jung aaO S. 67: "Es käme aber einer Umkehrung des Verhältnisses gleich, wollte man die Gewährung von Straffreiheit aus kriminaltaktischen Überlegungen zum gesetzgeberischen Normalfall machen".

20) Jung aaO S. 93

21) J. Meyer aaO S. 26

22) vgl. oben S. 22; Roxin JuS 1966 S. 383

23) Jung aaO S. 67, S. 101

geschäfts nicht oder nur geringfügig geahndet werden²⁴⁾. Dieser Bewußtseinmangel wird sich in der Folge niederschlagen in allgemeiner Mißachtung von Rechtsgütern²⁵⁾.

Deswegen führt nicht jeder Ermittlungsnotstand, "nicht jeder Leerlauf der Strafverfolgung"²⁶⁾ zu der Berechtigung, den Kronzeugen als kriminaltaktische Waffe zu verwenden. Vielmehr muß der Kriminalitätsdruck in dem betreffenden Bereich so stark sein, daß auf umfassende Aufklärung und Bestrafung anderer Täter nicht verzichtet werden kann. Verzichtet werden kann dann nicht darauf, wenn der Ermittlungsnotstand eine Gefahr für die Rechtsordnung insgesamt bedeutet, also durch die mangelhafte Aufklärung für die Allgemeinheit der Eindruck entsteht, daß wichtige Rechtsgüter überhaupt nicht mehr wirksam durch staatliche Strafverfolgung geschützt werden können²⁷⁾. Die Glaubwürdigkeit der staatlichen Strafrechtspflege verlangt aus generalpräventiven Gründen die Beschränkung der Gewährung von Straffreiheit für Ermittlungshilfe auf derartige Situationen.

Ein Ermittlungsnotstand, so wie er hier skizziert ist, der also keinen Leerlauf in der Strafverfolgung duldet, besteht nach einhelliger Meinung derzeit nicht²⁸⁾. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Verfolgung terroristischer Vereinigungen, auf den sich die genannten Gesetzesvorschläge, die anläßlich der Probleme der sog. Baader-Meinhof-Verfahren unterbreitet wurden, beziehen.²⁹⁾ Bisher läßt sich nicht einmal sagen, ob die Staats-

24) vgl. J. Meyer aaO S. 27

25) s. o. S. 28

26) Jung aaO S. 101

27) vgl. Jung aaO S. 101

28) Jung aaO S. 102; J. Meyer aaO S. 27

29) J. Meyer aaO S. 27

anwaltschaft insofern überhaupt in Beweisnot gerät. Außerdem besteht ja die Möglichkeit, das Verfahren gegen einen geständigen und aussagefreudigen Mitbeschuldigten - wie im Fall Ruhland - abzutrennen, um ihn später als Zeugen einzuführen. Zwar sind die damit gemachten Erfahrungen nicht gerade positiv. Immerhin ist aber deutlich gemacht worden, daß eine derartige Ermittlungshilfe als strafmilderndes Verhalten nach der Tat iSd § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB honoriert werden kann ³⁰⁾. Tiefergreifende Maßnahmen zur Verbesserung der Aufklärung sind derzeit nicht notwendig.

Wenn tatsächlich in bestimmten Kriminalitätsbereichen Ermittlungsnotstände im obigen Sinne auftreten sollten, wäre immer noch zu prüfen, für welche Delikte es gerechtfertigt erscheint, im Tausch gegen Ermittlungshilfe Straffreiheit zu gewähren. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit müßte dann noch konkretisiert werden. Er kann dies nur auf der Grundlage einer Güterabwägung. Das "vernünftige Verhältnis" ³¹⁾ zwischen Mittel und Zweck kann nur gefunden werden, wenn die Überlegungen sich an der Aufgabe des Strafrechts, elementare Rechtsgüter zu schützen, orientieren. Danach steht fest, daß eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sich davon leiten lassen muß, von wessen Straftaten - von denen des Ermittlungshelfers oder von denen der mit seiner Hilfe ermittelten Täter - eine größere Gefahr für die Rechtsordnung als Ganzes ausgeht ³²⁾. Die Relation zwischen Einsatz von Straffreiheit und erhöhter Aufklärungschance muß also durch ein "eindeutiges Unrechtsgefälle" ³³⁾ gekennzeichnet sein.

30) J. Meyer aaO S. 27

31) BVerfGE 10, 117

32) Jung aaO S. 70

33) Jung aaO S. 69

Es ist unverhältnismäßig, das vom Unrechtsgehalt schwerere Delikt straflos zu lassen. Zur Bestimmung des Unrechtsgehalts können einmal die im materiellen Strafrecht beschriebenen Strafraumen herangezogen werden. Zum anderen kann aber auch geleistete Ermittlungshilfe in concreto den Unrechtsgehalt mildernd beeinflussen, was vor allem für den Bereich der Bandendelikte bedeutsam ist, wo sich oftmals gleichartige Fälle gegenüberstehen ³⁴⁾.

Eine derartige Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit scheint im Widerspruch zu den bei § 154c StPO angestellten Erwägungen zu stehen. Dort wird überwiegend die Auffassung vertreten, daß auch dann von Strafverfolgung abgesehen werden kann, wenn die Tat des Erpreßten strafwürdiger ist als die des Erpressers ³⁵⁾. Die spezielle Situation bei § 154c StPO ist freilich durch einen Gesichtspunkt gekennzeichnet, der bei der Figur des Kronzeugen gewöhnlich keine Rolle spielt: Die Gewährung von Straffreiheit für den Erpreßten hat nicht nur zum Ziel, das Dunkelfeld im Bereich der Chantage-Kriminalität abzubauen und damit allgemein die Aufklärung zu verbessern; sie dient auch dem Schutz des Opfers ³⁶⁾. Wegen der Wechselbezüglichkeit der Taten in § 154c StPO muß auf das Opfer verstärkt Rücksicht genommen werden ³⁷⁾. Insofern ist die Ausgangslage anders als bei der Gewährung von Straffreiheit für den Kronzeugen, wo sachlicher Anknüpfungspunkt für die Gewährung von Straffreiheit nur die Behebung eines Ermittlungsnotstands ist. Diese Unterschiedlichkeit gebietet und rechtfertigt eine andersartige Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

34) Jung aaO S. 70

35) vgl. oben S. 72f

36) J. Meyer aaO S. 26; vgl. oben S. 63

37) vgl. Jung aaO S. 66

Gewährung von Straffreiheit für den Kronzeugen setzt in concreto nicht nur ein eindeutiges Unrechtsgefälle voraus. Damit ist der Inhalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht erschöpft. Ein "vernünftiges Verhältnis" ³⁸⁾ zwischen Mittel und Zweck ist dann nicht mehr gegeben, wenn die Verfolgung einer Tat wegen ihrer Schwere unerlässlich ist und gleichwohl wegen der Erwartung besserer Aufklärung bei anderen Delikten Straffreiheit gewährt wird. Es sind generalpräventive Gründe, die insoweit das Absehen von Strafverfolgung verbieten. Gerade wenn schwerste Straftaten unverfolgt bleiben, ist mit einer erheblichen "Verletzung des Rechtsgefühls" ³⁹⁾ unter Einbuße generalpräventiver Wirkung zu rechnen. Diese Überlegung entspricht der - wenn auch ungenauen - Formulierung in § 154c StPO, wonach von Strafverfolgung abgesehen werden kann, "wenn nicht wegen der Schwere der Tat eine Sühne unerlässlich ist" ⁴⁰⁾. Dieser "Kernbereich der Kriminalität" ⁴¹⁾, bei dem eine Strafverfolgung unerlässlich ist, läßt sich am ehesten mit den in § 138 StGB genannten Straftaten bestimmen ⁴²⁾. Dadurch könnte die "Unerträglichkeitsgrenze" ⁴³⁾ zur nicht mehr gerechtfertigten Gewährung von Straffreiheit für den Kronzeugen wenigstens annähernd präzise gezogen werden.

Abgesehen davon, daß sich das Absehen von Strafverfolgung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu orientieren hat, ist die Einführung der Figur eines Kronzeugen nur zulässig, wenn sie zur Behebung

38) BVerfGE 10, 117

39) Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil II 1957 § 154c Rdn 5

40) vgl. oben S. 67ff

41) Jung aaO S. 70

42) vgl. für § 154c StPO Krause MschrKrim 1969 S. 217

43) Jung aaO S. 70

eines Ermittlungsnotstands auch geeignet ist ⁴⁴⁾. Zweck einer Regelung, die das Absehen von Strafverfolgung für einen Kronzeugen vorsieht, kann nur sein, einen starken Anreiz für Hinweise aus Täterkreisen zu schaffen und damit verbesserte und umfassendere Aufklärung zu erreichen ⁴⁵⁾. Sinnvoll ist dies aber nur dann, wenn die dadurch erreichte Aussage einen bestimmten Wahrheits- und Beweiswert aufweist. Gerade aber der Aussage eines Kronzeugen muß mit großer Skepsis begegnet werden ⁴⁶⁾. Die Erfahrungen aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis belegen dies ⁴⁷⁾. Der Kronzeuge ist als Täter interessiert daran, Straffreiheit zu erlangen. Deswegen wird er sich um die Gunst der Strafverfolgungsbehörden bemühen. Er wird das aussagen, was ihnen gelegen ist, "was gefällt" ⁴⁸⁾. Aussagen, die auf dem Versprechen von Vorteilen beruhen, haben danach einen äußerst zweifelhaften Wahrheitswert. Sie sind keine tauglichen Beweismittel und deswegen grundsätzlich ungeeignet, einen Ermittlungsnotstand überhaupt zu beheben ⁴⁹⁾.

4.2.2. Nachteile für den Beschuldigten

Eine Strafverfolgung kann auch allein den Beschuldigten unverhältnismäßig beeinträchtigen. Dies insbesondere dann, wenn die Tat, wegen derer verfolgt wird, geringfügig ist, kriminalpolitische Zwecke mit ihrer Ahndung kaum verfolgt werden können ⁵⁰⁾,

44) vgl. Jung aaO S. 101

45) J. Meyer aaO S. 26

46) Jung aaO S. 71

47) J. Meyer aaO S. 26

48) J. Meyer aaO S. 26

49) J. Meyer aaO S. 26: "Zweifelhafter Beweiswert" = "zentrales Bedenken gegen den Kronzeugen"; zum "Rollenswechsel" des Kronzeugen Jung aaO S. 71ff

50) vgl. oben zu § 153 StPO, S. 88ff

die Strafverfolgung und die damit verbundene Belastung des Beschuldigten also in keinem vernünftigen Verhältnis stehen. Die Belastung des Beschuldigten ist in diesen Fällen ein sachlich berechtigter Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Strafverfolgung ⁵¹⁾.

Dennoch wird teilweise die Ansicht vertreten, daß die Staatsanwaltschaft nicht von einem Einschreiten wegen einer strafbaren Handlung trotz vorliegender tatsächlicher Anhaltspunkte absehen kann, um dem Beschuldigten unverhältnismäßige Nachteile zu ersparen ⁵²⁾. Diese Ansicht ist zumindest in ihrer Pauschalität nicht richtig. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt eben Verfassungsrang zu. Er ist in jeder Lage des Verfahrens zu beachten, auch schon bei der Prüfung der Frage, ob überhaupt eine Strafverfolgung einzuleiten ist oder nicht ⁵³⁾. Ist die Tat geringfügig, können mit ihrer Ahndung kaum kriminalpolitische Zwecke verfolgt werden, dann kann die Belastung des Beschuldigten mit einer Strafverfolgung unverhältnismäßig sein. Dieser rechtsstaatliche Gesichtspunkt kommt ja auch, nicht ausdrücklich, aber charakterisiert durch die Begriffe "geringe Schuld" und "öffentliches Interesse", in den §§ 153, 153a StPO zum Tragen ⁵⁴⁾.

4.2.3. Nachteile für das Opfer und andere Personen

Mit der Strafverfolgung können auch Schäden und Gefahren für das Opfer der zu verfolgenden Straf-

51) vgl. Faller aaO S. 80

52) so BGH bei Steffen DRiZ 1972 S. 154; Kleinknecht aaO § 152 Anm 2 C

53) Faller aaO S. 80; vgl. auch Jung aaO S. 56

54) Jung aaO S. 69; zur näheren Erörterung kann deswegen auf oben S. 88ff verwiesen werden.

tat oder andere Personen verbunden sein. Diese Gefahr können so groß und gewichtig sein, daß die Strafverfolgung im konkreten Fall außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg steht, also unverhältnismäßig ist.

4.2.3.1. Umso eher ist in diesen Fällen Strafverfolgung unvernünftig und fragwürdig, je geringer die Straftat einzustufen ist, wegen derer verfolgt wird. Beispielhaft aufgeführt sei die hochgradige Gefährdung eines kindlichen Zeugen, wenn dieser vor Gericht auszusagen hat und es bei der Hauptverhandlung um wenig gravierende Delikte geht. Der psychische Schutz kindlicher Zeugen ist eines der Anliegen einer Strafprozeßreform ⁵⁵⁾. Dies wird deutlich in der Einführung des § 241a StPO durch das 1. StVRGErgG ⁵⁶⁾. Danach geschieht die Vernehmung eines Zeugen unter 16 Jahren in der Hauptverhandlung grundsätzlich durch den Vorsitzenden. Fragen durch andere Prozeßbeteiligte sind nur gestattet, wenn dadurch kein Nachteil des kindlichen Zeugen zu befürchten ist, § 241a Abs. 2 Satz 2 StPO. Damit ist aber die Gefahr eines Schadens für die kindliche Psyche nicht gänzlich ausgeräumt. Ein Schaden kann auch durch die Befragung durch den Vorsitzenden entstehen. Wenn ein solcher Schaden zu befürchten ist - darum hat sich bereits die Staatsanwaltschaft während der Ermittlungen zu kümmern ⁵⁷⁾ - , wäre es unverhältnismäßig, bei geringen Straftaten eine Verfolgung zu betreiben. Hier drängt sich eine Abwägung zwischen den Interessen an der Strafverfolgung und den Interessen

55) vgl. Baumann ZRP 1975 S. 39

56) eingeführt durch Art. 1 Nr. 11 des 1. StVRGErgG vom 20. 12. 1974; vgl. Kleinknecht aaO § 241a Anm 1

57) vgl. RiStBV Nr. 242

des Zeugen auf. Da insoweit § 241a StPO nichts hilft, wäre für diese Fälle eine Auflockerung des Legalitätsprinzips angezeigt⁵⁸⁾.

4.2.3.2. Fraglich ist, ob eine Strafverfolgung auch dann unverhältnismäßig sein kann, wenn sie eine schwere Straftat betrifft, etwa Mord, § 211 StGB, oder Geiselnahme, § 239b StGB, und mit der Strafverfolgung eine hochgradige Gefährdung eines Dritten verbunden ist. Hierbei können nur die Fälle in Betracht kommen, in denen der Dritte als Opfer eines anderen Delikts mit dem Tode oder zumindest mit einer schweren Körperverletzung bedroht ist, da sonst das Verfolgungsinteresse regelmäßig überwiegt.

Gerade mit dieser Konstellation hatten sich Justiz- und Innenministerien, die Staatsanwaltschaften in letzter Zeit einige Male zu beschäftigen. Erinnerung sei einmal an die Geschehnisse während der Olympischen Spiele 1972 in München nach dem Attentat einiger arabischer Guerillas auf israelische Sportler. Damals wurde ein Teil der Araber inhaftiert, allerdings wieder freigelassen, nachdem Freunde von ihnen ein Flugzeug mit deutschen Passagieren in ihre Gewalt gebracht hatten und mit der Sprengung der Maschine drohten, falls die Araber nicht aus der Haft entlassen würden. Ähnlich verhielt es sich in einem Fall, der sich im Februar/März 1975 zugetragen hat. Damals wurde der CDU-Landesvorsitzende von West-Berlin, Lorenz, mit Gewalt entführt. Die Entführer drohten seine Ermordung für den Fall an, daß ihre Forderungen nicht erfüllt würden. Sie verlangten u. a. die Freilassung mehrerer Häftlinge,

58) Baumann ZRP 1975 S. 39

die wegen Beteiligung an Straftaten der sog. Baader-Meinhof-Gruppe wegen Raubes, versuchten Mordes usw. rechtskräftig verurteilt waren. Die Regierungsstellen gingen darauf ein. Lorenz wurde am 5. 3. 1975 freigelassen ⁵⁹⁾.

Ein Unterschied zwischen beiden Beispielen besteht darin, daß im ersten Fall von Strafverfolgung - verstanden als Durchführung eines Ermittlungsverfahrens und Anklageerhebung - abgesehen wurde oder diese zumindest teilweise aufgeschoben wurde, während im zweiten Fall die Strafvollstreckung vorläufig ausgesetzt wurde. Deswegen kann an sich nur die Entscheidung zur Freilassung der Araber in München 1972 das Legalitätsprinzip iSd § 152 Abs. 2 StPO tangieren. Sie tut es - auch ohne formelle, von der Verfahrensordnung vorgeschriebene Entscheidung - deswegen, weil tatsächlich dem in § 152 Abs. 2 StPO beschriebenen Verfolgungszwang nicht Genüge getan wurde. Gleichwohl kann auch der Fall Lorenz zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Strafverfolgung herangezogen werden, wenn es darum geht, die Bedeutung einer schweren Straftat und einer hochgradigen Gefährdung Dritter gegeneinander abzuwägen. Der Unterschied zwischen Strafverfolgungsinteresse und Strafvollstreckungsinteresse ist hierbei nicht so gravierend.

Bei einer Güterabwägung ist einmal davon auszugehen, daß Menschenleben gefährdet waren. Das Leben ist nach der Wertordnung des Grundgesetzes eines der höchsten Werte ⁶⁰⁾. Gemäß Art. 2 Abs. 2 GG hat jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Daraus und aus Art. 1 Abs. 3 GG, wonach

59) vgl. dazu näher DRiZ 1975 S. 109

60) vgl. BMinJ Bulletin 1975, 300 in DRiZ 1975 S. 109

"das Recht auf Leben" die "vollziehende Gewalt bindet", ergibt sich die Pflicht des Staates, das Leben seiner Bürger mit allen erlaubten und zumutbaren Mitteln zu schützen ⁶¹⁾. Allerdings besteht diese Pflicht nicht als absolute Pflicht. Zu dieser Auffassung käme man nur dann, wenn man das Leben als allerhöchstes, unangreifbares Rechtsgut ansehen würde. Letzteres gilt jedoch nicht uneingeschränkt. So ist ein dem Leben gleichrangiges "Rechtsgut" der äußere Bestand der BRD ⁶²⁾. Deswegen kann der Staat von bestimmten Gruppen von Staatsorganen, etwa von Soldaten, den Einsatz des eigenen Leben zum Schutz des Staates und der Allgemeinheit verlangen ⁶³⁾. Teilweise werden auch Menschenwürde und Freiheit des Einzelnen in concreto nicht als wesentlich niederrangige Rechtsgüter angesehen ⁶⁴⁾. Hinzu kommt, daß neben dem Rang der kollidierenden Rechtsgüter andere Gesichtspunkte bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden können. Verletzt die Rettungshandlung für das Leben eine Vielzahl anderer Interessen, stehen diese Interessen jedoch jeweils im Rang unter dem Leben, kann dennoch die Verhältnismäßigkeit gewahrt sein, weil bei einer Gesamtwertung die Summe der von der Rettungshandlung verletzten Interessen genauso schwer oder nicht wesentlich weniger wiegt als das Leben ⁶⁵⁾.

61) Krey ZRP 1975 S. 101 Fußnote 41

62) Krey aaO S. 98

63) Kern in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Band 1954 S. 60; von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Band I 1966 Art. 2 Anm V. 1

64) Krey aaO S. 99 mwN; Jescheck, Strafrecht, 2. Aufl. 1972 S. 269f; abweichend Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973 S. 27f; Baumann, Strafrecht, 6. Aufl. 1974 S. 356

65) vgl. Krey aaO S. 99 und das dortige Beispiel; Jescheck aaO S. 242

Ein etwa zu erwartender Tod steht dann nicht "erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg" ⁶⁶⁾. Eine Güterabwägung kann daher auch dann veranlaßt und gerechtfertigt sein, wenn durch das Betreiben der Strafverfolgung so hohe Rechtsgüter wie das Leben gefährdet sind ⁶⁷⁾.

Dem schützenswerten Leben auf der einen Seite steht bei einer Güterabwägung auf der anderen Seite das Strafverfolgungsinteresse gegenüber. Das Interesse an der Verfolgung schwerer Delikte ist vor allem geprägt von Gesichtspunkten der Generalprävention. Hierzu gehört der Gedanke der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung im Bewußtsein der Allgemeinheit. Dieses Bewußtsein wird vor allem dann tangiert, wenn schwere Delikte nicht verfolgt werden ⁶⁸⁾. Deswegen bereits ist es notwendig, schwere Straftaten konsequent zu verfolgen. Hinzu kommt ein weiterer präventiver Gesichtspunkt: Aufgabe des Strafrechts ist der Schutz elementarer Rechtsgüter. Dieser Schutz betrifft vor allem auch das Leben, die Gesundheit, die Freiheit des einzelnen Bürgers. Mit dem zumindest zeitweisen Aufschub der Strafverfolgung durch Freilassung von Untersuchungsgefangenen, denen schwerwiegende Delikte vorgeworfen werden, können unter Umständen gerade so elementare Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit mittelbar gefährdet werden. Nämlich dadurch, daß künftige schwere Verbrechen in der Hoffnung darauf durchgeführt werden können, bei einer Festnahme durch Drohungen mit dem Tode - insbesondere bei Geiselnahme - von Freunden ausgelöst zu werden.

66) vgl. die Formulierung in Art. 8 Abs. 2 BayPAG

67) Kleinknecht aaO § 152 Anm 2 C

68) vgl. oben S. 22f mN

Diese Gefahr eines Präzedenzfalls ⁶⁹⁾ ist kriminalpolitischen Zielsetzungen wie General- und Individualprävention äußerst abträglich ⁷⁰⁾. Dabei kommt diesem Gesichtspunkt deswegen so viel Gewicht zu, weil es um die Verhinderung künftiger lebensgefährlicher Delikte geht.

Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Strafverfolgung ist nach all dem Folgendes festzuhalten: Die Gegenüberstellung der einzelnen kollidierenden Rechtsgüter und Interessen, schlagwortartig: hier Leben des Einzelnen - dort schwerwiegende präventive Gesichtspunkte, zeigt nicht notwendig und von vornherein ein Überwiegen der einen oder der anderen Seite auf ⁷¹⁾. Zumindest braucht eine Strafverfolgung nicht erkennbar außer Verhältnis zum beabsichtigten Erfolg stehen, wenn durch die Strafverfolgung Menschenleben akut gefährdet werden.

Ausgangspunkt einer Abwägung im Einzelfall muß allerdings das Bewußtsein darüber sein, daß das Leben eines der höchsten Werte der Rechtsordnung ist. Bei einer akuten und konkreten Gefährdung eines Menschenlebens sollte der Staat zuallererst sein Augenmerk darauf richten, daß die Gefährdung beseitigt wird. Erst dann hat er sich den divergierenden Interessen zuzuwenden. Hierbei kann die Bewahrung der Rechtsordnung allein nicht den Ausschlag zugunsten einer (Weiter-)Betreibung der Strafverfolgung geben. Einmal bedeutet die Beein-

69) Krey aaO S. 100

70) vgl. dazu BMinJ Bulletin 1975, 300 in DRiZ 1975, S.109: "Der Spielraum für künftige Entscheidungen ist dadurch berührt, aber keineswegs beseitigt. Deshalb bedeutet die Entscheidung keinen Freibrief für künftige Erpressungen".

71) vgl. Krey aaO S. 100

trächtigung des Gedankens der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung nicht unbedingt, daß jetzt die Allgemeinheit, weil der Staat ^{so} "so schwach" reagiert habe, anfängt, ähnlich schwere Delikte zu begehen. Zum anderen hat sich eine Rechtsordnung - wegen Art. 2 Abs. 2 iVm Art. 1 Abs. 3 GG - gerade auch darin zu bewähren, Menschenleben zu retten.

Hinzukommen muß vielmehr eine weitergehende Beeinträchtigung. Erst wenn sich die darinliegende Gefahr verdichtet hat, daß sich bei einem Aufschub der Strafverfolgung in Zukunft schwere Delikte kaum verhindern lassen, weil sie in der Hoffnung auf zumindest teilweiser Straffreiheit durchgeführt werden, besteht ein akutes Anzeichen dafür, Strafverfolgung (weiter) zu betreiben. Ansonsten könnten nämlich nicht einmal die elementarsten Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit für die Allgemeinheit der Bürger geschützt werden. Maßstab für diese Verdichtung der Gefahr kann zuallererst die Häufigkeit sein, mit der insbesondere Geiselnahmen zum Zwecke der Freilassung von Untersuchungsgefangenen durchgeführt werden. Dazu können auch polizeiliche Erkenntnisse über die Anzahl und Stärke krimineller Vereinigungen, von denen derartige Erpressungen zu erwarten sind, verwendet werden.

Wenn sich auch danach einzelne Kriterien aufführen lassen, bleibt doch die Grenze zwischen einer vagen und einer bereits verdichteten Gefahr recht verschwommen. Für die Frage der Verhältnismäßigkeit der Strafverfolgung bei Gefährdung von Menschenleben bedeutet dies: Es besteht eine gewisse Bandbreite für die Zulässigkeit von Entscheidungen; in dieser Bandbreite steht die Gefährdung von Menschenleben durch die (Weiter-)Betreibung der

Strafverfolgung nicht erkennbar außer Verhältnis zum beabsichtigten Erfolg, nämlich präventiven Zielsetzungen⁷²⁾. Es muß also einmal ein Ermessen eingeräumt sein für die Entscheidung, ob in diesen Fällen Strafverfolgung (weiter)betrieben wird oder nicht. Weiter ist ein Spielraum für die Ausübung des Ermessens gegeben. Das Ermessen ist dann pflichtgemäß ausgeübt, wenn sich die Entscheidung an der möglichen Beeinträchtigung präventiver Zwecke und den oben skizzierten Maßstäben für die Beurteilung der Verdichtung der Gefahr orientiert. Daraus ist zumindest zu entnehmen, daß das Lebensrettungsinteresse dann nicht zurückstehen darf, wenn eine Geiselnahme nach den oben aufgeführten Beispielen zum allererstenmal oder etwa alle 5 Jahre einmal in der BRD erfolgt. Eine gegenteilige Entscheidung, beruhend auf dem Wort "Wehret-den-Anfängen", würde die Verpflichtung zum Schutz des Lebens gem. Art. 2 Abs. 2 GG in unzulässiger Weise zurückdrängen. Auf der anderen Seite kann aber nicht allgemein eine Pflicht des Staates statuiert werden, getreu dem Legalitätsprinzip jegliche Strafverfolgung (weiter) zu betreiben, wenn solche Freilassungsaktionen nahezu an der Tagesordnung sind. Das Leben ist immer ein herausragendes schützenswertes Rechtsgut, so daß eine Entscheidung zugunsten des konkret gefährdeten Lebens schwerlich als ermessensmißbräuchlich einzustufen ist, selbst wenn diese Entscheidung kriminalpolitischen Erfordernissen zuwiderläuft.

Für die Durchbrechung des Legalitätsprinzips in diesen Fällen gibt es keine in der StPO aufgeführte

72) im Ergebnis ähnlich Krey aaO S. 100; vgl. auch BMinJ Bulletin 1975, 300 in DRiZ 1975 S. 109

Rechtsgrundlage. Allerdings ist § 152 Abs. 2 StPO insofern verfassungskonform auszulegen, als auch dann Strafverfolgung zumindest zeitweise aufgeschoben werden kann, wenn damit der Pflicht zur Lebensrettung aus Art. 2 Abs. 2, Art. 1 Abs. 3 GG nachgekommen wird. Es mag deshalb dahingestellt bleiben, ob für diese Fälle eine weitere Ausnahme vom strikten Legalitätsprinzip in der StPO statuiert werden soll. Vom Grundgesetz kann eine nach pflichtgemäßem Ermessen ergangene Entscheidung ohnedies getragen werden.

Hinzu kommt, daß die zur Entscheidung berufenen Stellen bei einer Freilassung, die ja den Tatbestand der Gefangenenbefreiung, § 120 StGB, erfüllt, im Rahmen des rechtfertigenden Notstands gemäß § 34 StGB hinreichend geschützt sind ⁷³⁾.

73) dazu Krey aaO S. 97ff; BMinJ Bulletin 1975, 300 in DRiZ 1975 S. 109

4.3. Die faktische Einschränkung des Legalitätsprinzips

Einer der hervorragenden Gründe, die hinter dem Legalitätsprinzip stehen, ist die Gleichheit aller vor dem Gesetz. In letzter Zeit mehrten sich jedoch die Autoren, die die Funktionsfähigkeit des Legalitätsprinzip insoweit im Hinblick auf die Praxis in Zweifel ziehen. So stellt Zipf ¹⁾ fest: "Anspruch und Wirklichkeit decken sich nicht, sondern klaffen erheblich auseinander". Weiter: "Das Legalitätsprinzip erscheint entzaubert, wobei das Problem in der praktischen Realisierbarkeit besteht". Ähnlich formuliert Serwe ²⁾: "Der Glaube an die Funktionsfähigkeit dieses Grundsatzes, die Gleichheit aller vor dem Gesetz zu gewährleisten, hat sich im Grunde genommen als politischer Aberglaube erwiesen. Die Praxis bestätigt ihn nicht". Dieselbe Ansicht vertreten auch Kaiser ³⁾ und Jung ⁴⁾.

Grundlage für die Erschütterung der praktischen Relevanz des Legalitätsprinzips im Hinblick auf Art. 3 GG ist die Beschäftigung mit derzeit im Mittelpunkt stehenden kriminologischen Problemen, einmal der Dunkelfeldforschung, zum anderen der Selektion in der Strafverfolgung durch die Strafverfolgungsorgane ⁵⁾. Die daraus gewonnenen Ergebnisse sind kriminalpolitisch bedeutsam, wenn es darum geht, Sinn und Grenzen des Legalitätsprinzips im Strafverfahren zu bestimmen. Die Strafver-

-
- 1) Zipf, Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip, Festschrift für Peters 1974 S. 494
 - 2) Serwe Kriminalistik 1970 S. 377
 - 3) Kaiser, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972 S. 78f
 - 4) Jung, Straffreiheit für den Kronzeugen? 1974 S. 51ff
 - 5) vgl. Zipf aaO S. 489, 492

folgung muß sich neben der Rationalität auch an Praktikabilität und Effektivität orientieren ⁶⁾.

4.3.1. Probleme des Dunkelfelds

Als Dunkelfeld bezeichnet man die Differenz zwischen der zur Kenntnis der Strafverfolgungsorgane gelangten Kriminalität und der tatsächlichen Kriminalität ⁷⁾. Zwar sind bisher größere Untersuchungen (durch Opferbefragungen, Täterbefragungen, Reihenuntersuchungen) nicht angestellt worden, so daß es keine verlässlichen Schätzungen über die Dunkelziffer mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gibt ⁸⁾. Festzuhalten ist aber, daß nur ein Bruchteil der tatsächlich begangenen Taten in den Bereich gelangt, in dem sie von den Strafverfolgungsorganen bearbeitet werden ⁹⁾. Schärfer noch ist die Ansicht von Sack: "Aus den potentiell zu Kriminalen verurteilbaren Personen wird nur ein sehr kleiner Ausschnitt herausgefiltert, der auch tatsächlich verurteilt wird" ¹⁰⁾.

Auf die Ursachen des Dunkelfelds, etwa fehlende Anzeigebereitschaft des Opfers ¹¹⁾, kann hier nicht eingegangen werden. Es sei nur darauf hingewiesen, daß das Dunkelfeld in zunehmendem Maße auch dadurch zustandekommt, daß ganz bewußt von einer Anzeige abgesehen wird, weil von außerstaatlichen Instanzen anderweitig "soziale Kontrolle" ausgeübt wird. Zu

6) vgl. oben S. 62; Zipf, Kriminalpolitik, 1973 S. 78

7) vgl. oben S. 64; Zipf, Festschrift für Peters 1974 S. 489; Göppinger, Kriminologie, 1971 S. 74

8) Zipf, Kriminalpolitik, 1973 S. 78

9) Zipf aaO

10) Sack-König, Kriminalsoziologie, 1968 S. 463; zum gegenwärtigen Stand der Dunkelfeldforschung vgl. die Übersicht bei Kaiser, Kriminologie, 2. Aufl. 1973 S. 39

11) dazu oben S. 65

nennen sind z.B. die "Betriebsjustiz" ¹²⁾ oder das Vorgehen gegenüber Warenhausdieben ¹³⁾. Hier interessiert vor allem die Frage, ob mit dem Bestehen eines Dunkelfelds überhaupt "das Legalitätsprinzip tangiert" wird ¹⁴⁾.

Herkömmlicherweise wird ja das das Legalitätsprinzip als Verfolgungsbefehl verstanden und nur auf die den Strafverfolgungsorganen bekanntgewordenen Taten bezogen ¹⁵⁾. Das Dunkelfeld ist aber gerade dadurch gekennzeichnet, daß die Strafverfolgungsorgane gar keine Kenntnis von der strafbaren Handlung erlangen, daß z.B., ganz bewußt - etwa durch Betriebsjustiz -, größere Bereiche des Soziallebens der staatlichen Strafrechtskontrolle weitgehend entzogen sind. Würde man danach das Legalitätsprinzip ausschließlich beziehen auf die den Strafverfolgungsorganen bekanntgewordenen Straftaten, käme man schnell zu dem Ergebnis, daß das Dunkelfeld mit dem Legalitätsprinzip nichts zu tun hat. Eine derartige Folgerung ist freilich angesichts des Art. 3 GG nicht ohne weiteres zulässig. Das Legalitätsprinzip ist aus dem Gleichheitssatz begründet ¹⁶⁾. Dieser stellt den Strafverfolgungsorganen die Aufgabe, die gesamte Kriminalität gleichmäßig und umfassend zu behandeln ¹⁷⁾. Eine gleichmäßige Behandlung, die sich lediglich inner-

12) vgl. Kaiser, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972 S. 104; Jung aaO S. 51

13) vgl. Zipf, Festschrift für Peters 1974 S. 494

14) Zipf aaO S. 489

15) etwa Hertz, Die Geschichte des Legalitätsprinzips, Diss. Leipzig 1935 S. 1: "Negativ ist der Inhalt des Legalitätsprinzips das Verbot für die Staatsanwaltschaft, ihr zur Kenntnis gelangte strafbare Handlungen unverfolgt zu lassen"; vgl. auch Vogel, Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und seine prozessuale Bedeutung, Diss. München 1966 S. 95

16) s. o. S. 51ff

17) vgl. Zipf aaO S. 489; Jung aaO S. 51

halb des Bereichs der bekanntgewordenen strafbaren Handlungen abspielt und sich nicht - wenn auch aus praktischen Gründen nicht - erstrecken kann auf das Dunkelfeld, wird dem Anspruch der Gleichheit als wichtigstem Inhalt der Idee der Gerechtigkeit nicht gerecht. Sie ist in ihrer Differenzierung ungerecht.

Damit ist zunächst einmal gesagt, daß eine Strafverfolgung, die mit dem Dunkelfeld lebt, den Gleichheitssatz verletzt. Fraglich ist weiter, ob damit auch das Legalitätsprinzip tangiert wird. Nimmt man den Ausgangspunkt, daß das Legalitätsprinzip begründet ist aus dem Gleichheitssatz, ernst, liegt die Antwort auf der Hand: Das Legalitätsprinzip kann - als Konkretisierung des Gleichheitssatzes - keinen anderen Inhalt als der auf die Strafverfolgung bezogene Gleichheitssatz haben. Dieser Inhalt heißt aber, die gesamte Kriminalität gleichmäßig und umfassend zu behandeln. Daraus folgt, daß das Dunkelfeld auch das Legalitätsprinzip tangiert. Zutreffend ist daher die Ansicht von Kaiser, daß bei Nichtanzeige in Fällen der Betriebsjustiz "der Legalitätsgrundsatz rein tatsächlich ständig unterlaufen werden muß" ¹⁸⁾. Das Dunkelfeld setzt dem Legalitätsprinzip rein praktische Grenzen, wenn es darum geht, eine gleichmäßige Behandlung aller zu gewährleisten.

Damit wird man sich abfinden müssen. Was getan werden kann, ist eine fortschreitende empirische Aufhellung des Dunkelfelds ¹⁹⁾. Dadurch wird aber das Dunkelfeld nicht beseitigt, sondern nur die für die Strafverfolgung notwendige Ausgangsbasis

18) Kaiser, Kriminologie, 1971 S. 116; ebenso Zipf, Festschrift für Peters 1974 S. 494

19) Jung aaO S. 51

geschaffen, nämlich die Kenntnis des tatsächlichen Umfangs der Kriminalität ²⁰⁾. Dabei stehenzubleiben, widerspräche dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG. Der Gleichheitssatz gebietet, wenn er nicht zur Farce werden soll, den Strafverfolgungsorganen, "alles zu tun, um das Dunkelfeld abzubauen" ²¹⁾. Deshalb muß die Staatsanwaltschaft im Rahmen des Legalitätsprinzips nicht nur ihr bekanntgewordene Straftaten verfolgen, sondern ihre Aufklärungstätigkeit auf alle begangenen Straftaten erstrecken. Die praktische Realisierbarkeit dieser Forderung ist freilich schwierig. Helfen kann hier eine verbesserte Ausstattung der Strafverfolgungsorgane, kaum jedoch, wenn, wie in Fällen der Betriebsjustiz, der staatliche Justizapparat bewußt nicht bemüht wird ²²⁾.

4.3.2. Selektion bei der Strafverfolgung durch die Strafverfolgungsorgane

Das Legalitätsprinzip als Garant der Verwirklichung des Gleichheitssatzes stößt neben dem Problem des Dunkelfelds auf eine andere faktische Grenze: Die bekanntgewordenen Straftaten werden in der Tat von Polizei, Staatsanwalt und Richter nicht mit gleicher Intensität verfolgt; es wird vielmehr ausgewählt.

Diese, das Legalitätsprinzip unterhöhende Selektion im Strafverfahren wurde bereits oben bei der verfahrensrechtlichen Behandlung der Staatsschutzdelikte gemäß § 153d StPO beispielhaft im Fall Grasnick angedeutet ²³⁾. Dort wurde die Beweislage

20) Zipf, Festschrift für Peters 1974 S. 491

21) Zipf aaO S. 489

22) vgl. Jung aaO S. 51

23) s. o. S. 131ff

in einer Weise beurteilt, die nach keinem rechtlichen Gesichtspunkt vertretbar war. Die Beweislage hätte, wenn es nicht der Fall Grasnick gewesen wäre, ohne weiteres zur Anklageerhebung geführt. Dies alles geschah nur deswegen, um eine Einstellung zu erreichen. Dieses Auswählen durch die Strafverfolgungsorgane ist nicht beschränkt auf die Behandlung politischer Straftaten. Sie findet im ganzen Strafrechtsbereich statt: "Die Wirklichkeit der Strafverfolgung hieß schon immer Selektion" 24).

Es ist festzustellen, daß allgemein Polizei und Staatsanwaltschaft die Gebote aus §§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 StPO, die einen gleichmäßigen und umfassenden Verfolgungszwang vorsehen, nicht befolgen 25). Die Problematik beginnt schon mit der Entscheidung darüber, ob wegen bestimmter Anhaltspunkte überhaupt ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren einzuleiten ist 26). Bereits in diesem Stadium bleibt die Verfolgungspflicht oft unbeachtet. Es sei etwa darauf hingewiesen, daß täglich in der Öffentlichkeit Verstöße gegen den Straftatbestand Verbreitung pornographischer Schriften, § 184 StGB, begangen werden, ohne daß eine umfassende Strafverfolgung zu beobachten wäre 27).

-
- 24) Jung aaO S. 52; vgl. Kaiser, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972 S. 78ff; Zipf, Festschrift für Peters 1974 S. 492; Serwe aaO S. 377; Kutzer DRiZ 1975 S. 110. Diese Problematik beschäftigt Kriminologie und Kriminalpolitik intensiv erst mit der Entwicklung der Theorie des "labeling approach" durch die amerikanische Kriminalsoziologie in den letzten 20 Jahren, dazu Zipf, Kriminalpolitik, 1973 S. 79ff
- 25) Zipf, Festschrift für Peters 1974 S. 492
- 26) Kutzer aaO S. 110
- 27) vgl. Serwe aaO S. 377. Um den Sinn des § 184 StGB kann man geteilter Meinung sein; darum geht es hier aber nicht.

Dasselbe Fazit kann gezogen werden, wenn es darum geht, Entscheidungen bei der Strafverfolgung wegen Förderung der Prostitution, § 180a StGB, zu beurteilen. Auch hier ist der Grundsatz des Verfolgungszwangs "tatsächlich durchlöchert" ²⁸⁾.

Die tatsächliche Durchbrechung des Legalitätsprinzips läßt sich auch in einem weiteren Stadium konstatieren, nämlich bei der Entscheidung darüber, ob - und gegebenenfalls mit welchen Mitteln - ein ungeklärt gebliebener Sachverhalt weiter erforscht werden soll ²⁹⁾. Der Staatsanwalt als "Herr des Ermittlungsverfahrens" hat es in der Hand, auf weitere Ermittlungen gänzlich zu verzichten. Er entscheidet auch - bei Aufnahme oder Fortsetzung der Ermittlungen - über die Auswahl der einzusetzenden Beweismittel sowie den Zeitpunkt und Umfang der einzelnen Ermittlungshandlungen ³⁰⁾. Er bestimmt die "Verfolgungsintensität" ³¹⁾. Von dem Grad der Verfolgungsintensität hängt es wesentlich ab, ob ein anklagereifes Ergebnis erzielt wird oder nicht. Die Unterschiede in der Verfolgungsintensität sind hierbei erheblich. Es soll nur darauf hingewiesen werden, daß mit der Schaffung von Sonderdezernaten und Zentralstellen, z.B. für NS-Verbrechen oder Wirtschaftsstrafsachen, praktische Schwerpunkte auf bestimmte Strafsachen gelegt werden; diese Konzentration hat eben zur Folge, daß andere Straftaten weniger intensiv verfolgt werden ³²⁾.

Ein weiteres kommt hinzu: Die Strafverfolgungsorgane haben bei der Bewertung tatsächlicher Umstände eine "vielfältige Definitionsmacht" ³³⁾. Das

28) Serwe aaO S. 377

29) vgl. Kutzer aaO S. 110

30) Kutzer aaO

31) Serwe aaO; Kaiser, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972 S. 80

32) Serwe aaO S. 377f; Zipf, Festschrift für Peters 1974 S. 492

33) Jung aaO S. 52

gilt einmal für die Beurteilung der Frage, ob überhaupt ein Anfangsverdacht iSd §§ 160, 163 StPO besteht, inwieweit "zureichende tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, die den Verdacht einer strafbaren Handlung begründen" ³⁴⁾. Das gilt zum anderen aber auch für die Entscheidung darüber, ob Klage erhoben wird oder das Verfahren eingestellt wird. Der unbestimmte Rechtsbegriff vom "genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage" in § 170 Abs. 1 StPO läßt die Möglichkeit zu, ganz unterschiedlich und ungleichmäßig zu bewerten und zu verfahren ³⁵⁾. Dies geht anscheinend sogar so weit, daß - wie im Fall Grasnick - dem Beschuldigten ein Verbotsirrtum zuerkannt wird, einem Mann, der sich als hervorragender Nachrichtenspezialist über die Strafbarkeit seines Tuns nach dem StGB völlig klar war ³⁶⁾.

Festzustellen sind außerdem erhebliche Divergenzen zwischen einzelnen Staatsanwaltschaften bei der Entscheidung darüber, ob von den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen vom Legalitätsprinzip Gebrauch gemacht wird oder nicht, etwa bei der Einstellungsbefugnis gemäß § 153 StPO ³⁷⁾. Hier scheinen sich jeweils verschiedene "Entscheidungskonventionen" unter den einzelnen Behörden herausgebildet zu haben ³⁸⁾, wobei die zugrundegelegten Bewertungen letztlich nichts mehr mit Sinn und Zweck des § 153 StPO zu tun haben oder zumindest nicht mehr bewußt wahrgenommen werden ³⁹⁾. Auch in diesem Zusammenhang zeigt sich die vielfältige Definitionsmacht der Staatsanwaltschaft. ⁴⁰⁾.

34) Kleinknecht, StPO, 32. Aufl. 1975 § 163 Anm 1 C

35) Nach BGH JZ 1970 S. 729f besteht ein "nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum".

36) s. o. S. 131ff; Lehmann, Legal und opportun, 1966 S. 63

37) Jung aaO S. 53

38) Jung aaO

39) vgl. Kohlhaas GA 1956 S. 241

40) vgl. Kutzler aaO S. 110

Die skizzierte, das Legalitätsprinzip unterlaufende unterschiedliche Behandlung der Kriminalität läßt sich empirisch nachweisen. Schwieriger ist die Bestimmung der Gründe und der Art und Weise der Selektion durch die Strafverfolgungsorgane. Hierüber sind in der BRD noch keine genauen Forschungen angestellt worden ⁴¹⁾. Dennoch lassen sich einige Punkte anführen, die zumindest bei der Selektion eine Rolle spielen.

Zuallererst ist dabei die Arbeitsüberlastung der Strafverfolgungsorgane zu nennen. Polizei, Staatsanwaltschaft und Strafgerichte sehen sich einer Flut von Verfahren gegenüber, deren Bewältigung ihre Mittel übersteigt. Es ist bei der massenhaften Kriminalität heute und auf absehbare Zeit nicht möglich, dem Grundsatz des Verfolgungszwangs gerecht zu werden ⁴²⁾. Die Strafverfolgungsorgane sind von daher gezwungen auszuwählen. Hierfür bieten sich zwei verschiedene Wege an:

Einmal kann die Selektion so betrieben werden, daß - ohne Ansehen der Sozialschädlichkeit eines bestimmten Verhaltens - allein darauf geachtet wird, welcher Arbeitsaufwand erforderlich ist und wie groß die Erfolgchance bezüglich der Überführung des Täters ist. Beide Gesichtspunkte korrespondieren miteinander ⁴³⁾. Ist der voraussichtliche Arbeitsaufwand überdurchschnittlich groß, wird die Erfolgchance kleiner eingestuft. Wird die Erfolgchance als gering angesehen, ist der Arbeitsaufwand klein zu halten, da er ja als unnütz erscheinen muß. Diese Aspekte bestimmen maßgeblich die Verfolgungsintensität. Angesichts einer schwierigen Be-

41) vgl. Jung aaO S. 53; Zipf, Festschrift für Peters 1974 S. 492

42) Serwe aaO S. 377; vgl. auch Kutzer aaO S. 110

43) Zipf aaO S. 492; Jung aaO S. 52

weislage suchen die Strafverfolgungsorgane gern Zuflucht in einer Einstellung des Verfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO oder etwa § 153 StPO ⁴⁴⁾. Der andere Weg heißt, sich über Arbeitsüberlastung, die Knappheit der Mittel und der Selektion klar zu werden und daraus vernünftige Konsequenzen zu ziehen. Diese Konsequenzen können nur darin bestehen, praktische Schwerpunkte zu bilden und die verfügbaren Mittel auf die Verfolgung besonders sozial-schädlichen Verhaltens zu konzentrieren ⁴⁵⁾. Hierbei ist es unumgänglich, orientiert an der Schwierigkeit der Verfolgungsprobleme, Prioritäten zu setzen, wie es etwa bereits im Bereich der Wirtschaftskriminalität geschehen ist ⁴⁶⁾. Schwerpunkt-bildung scheint die einzig vernünftige "Lösung" des Selektionszwangs zu sein, der derzeit und in absehbarer Zeit wegen der Arbeitsüberlastung der Strafverfolgungsorgane nicht beseitigt werden kann, wenngleich damit eine gleichmäßige und umfassende Behandlung der Kriminalität nicht gewährleistet ist.

Ein weiterer, die Selektion und damit die Verfolgungsintensität bestimmender Faktor kann in dem Bemühen der Staatsanwaltschaft gesehen werden, möglichst wenig Reibungsflächen entstehen zu lassen ⁴⁷⁾. Der Staatsanwalt ist "eingebunden in ein

44) vgl. Kohlhaas aaO S. 241

45) ebenso Kutzer aaO S. 110; Serwe aaO S. 377

46) Kutzer aaO: "Nicht mehr ausschließlich das statische Element unreflektierter gleichmäßiger Strafverfolgung bedeutungsloser Vergehen und sozialschädlichster Verbrechen kennzeichnet die Arbeit der Staatsanwaltschaft. Ihre immer schwieriger werdenden Aufgaben, insbesondere auf dem Gebiet der Banden- und der Wirtschaftskriminalität, werden ohne das dynamische Prinzip eines Prioritäten setzenden Ermessens nicht zu bewältigen sein".

47) Jung aaO S. 53; Blankenburg KrimJ 5 (1973) S. 192

bestimmtes Beziehungsgefüge" ⁴⁸⁾. Er hat mit verschiedenen Institutionen und Personengruppen zusammenzuarbeiten und muß deswegen auf sie Rücksicht nehmen. Aufzuzählen sind nach Jung ⁴⁹⁾ etwa die Polizei, Jugendämter, Bewährungshelfer, Sachverständige, Rechtsanwälte, Opfer, Täter, Richter. Von sämtlichen Gruppen wird der Staatsanwalt in seiner Verfolgungstätigkeit Rückmeldungen erfahren. Betreibt er die Verfolgung wenig intensiv oder sieht er die Straftat in einem milden Licht - auf eine Einstellung hin tendierend -, wird er zumindest Täter und Rechtsanwalt auf seiner Seite haben, zumeist aber nicht Opfer oder die Polizei, die sich fragt, warum sie überhaupt Arbeit in die Ermittlungen investiert hat. Betreibt er die Strafverfolgung forsch, legt er Straftatbestände weit aus, gefällt dies sicherlich nicht dem Täter und dem Verteidiger, in vielen Fällen auch nicht dem Bewährungshelfer oder dem Richter. Die Staatsanwaltschaft stößt jeweils auf Grenzen, die insbesondere mit einer "Beschwerdemacht des Opfers und der Polizei", einer "Gegenmacht des Täters" und einer "Definitions-macht des Richters" ⁵⁰⁾ umschrieben werden können.

In diesem Beziehungsgefüge muß sich der Staatsanwalt arrangieren. Er wird sich im Normalfall so arrangieren, daß er möglichst wenig negative Rückmeldungen erhält. Damit aber ist bereits die Basis für eine unterschiedliche, ungleichmäßige Behandlung gelegt. Das Bemühen, möglichst wenig Reibungsflächen zu schaffen, verlangt Selektion. ⁵¹⁾

48) Jung aaO S. 53

49) Jung aaO

50) Jung aaO

51) vgl. Jung aaO: "Diese Hypothesen harren einstweilen noch der endgültigen Verifizierung".

Neben den Größen "Arbeitsüberlastung" und "Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft in einem bestimmten Beziehungsgefüge" läßt sich ein dritter Faktor nennen, der eine gleichmäßige und umfassende Behandlung der Kriminalität verhindert: die eigene Einschätzung über die Sozialschädlichkeit bestimmter Delikte ⁵²⁾. Sicherlich sind Staatsanwaltschaft wie Polizei wegen der Knappheit der Mittel dem Zwang ausgesetzt, ihre Kräfte zu konzentrieren und Schwerpunkte zu schaffen, die sich an der Sozialschädlichkeit bestimmter Delikte zu orientieren haben ⁵³⁾. Nach welchen Maßstäben wird aber die Sozialschädlichkeit bestimmter Delikte bestimmt? Besteht bei den Strafverfolgungsorganen darüber Einigkeit, welches Verhalten erheblich sozial-schädlich und deswegen auf jeden Fall zu verfolgen ist, so daß wenigstens insoweit eine gleichmäßige Behandlung zu erwarten ist?

Insbesondere bei der Polizei, aber auch bei der Staatsanwaltschaft läßt sich beobachten, daß sich in der Einschätzung der Sozialschädlichkeit zu einem nicht geringen Teil die öffentliche Meinung widerspiegelt ⁵⁴⁾. Speziell bei der Polizei wird die Sozialschädlichkeit nach einer eigenen "Polizeimoral" beurteilt ⁵⁵⁾. Öffentliche Meinung wie Polizeimoral stimmen nun nicht gerade häufig mit wissenschaftlichen Vorstellungen über Aufgaben und Zielsetzungen des Strafrechts überein, etwa einem "Prinzip der susidiären Rechtsgüter- und Leistungs-

52) Zipf, Festschrift für Peters 1974 S. 492

53) s. o. S. 174

54) Zipf aaO S. 492; wohl aber zu eng, da allein auf Polizei bezogen, vgl. dazu Jung aaO S. 52

55) Zipf aaO S. 492

sicherung" ⁵⁶⁾, Individualprävention und Resozialisierung im Strafvollzug ⁵⁷⁾.

Diese unterschiedliche Bewertung ist der Ausgangspunkt dafür, daß regional und behördenintern verschieden Selektion betrieben wird, je nachdem, ob sich die Strafverfolgungsbehörde oder der einzelne Beamte mehr von der öffentlichen Meinung (und Polizeimoral) oder von nüchternen kriminalpolitischen Vorstellungen oder von ganz eigenen Empfindungen leiten läßt. Von daher kann nicht erwartet werden, daß Einigkeit darüber besteht, welches Verhalten erheblich sozialschädlich ist, so daß wenigstens insoweit eine gleichmäßige Strafverfolgung stattfinden könnte. Das Legalitätsprinzip findet hier seine tatsächliche Grenze durch die subjektive Einschätzung der Strafverfolgungsorgane.

4.3.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, daß das Legalitätsprinzip - bedingt durch das Bestehen eines Dunkelfelds, durch die Selektion bei der Strafverfolgung - an faktische Grenzen stößt, die in absehbarer Zeit nicht abgebaut werden können.

56) Roxin JuS 1966 S. 382

57) Die Praxis bei der Staatsanwaltschaft beim LG München I sieht nach eigener Beobachtung des Verfassers so aus, daß z.B. gegen einen Beschuldigten, der dreimal Beförderungerschleichung (Schwarzfahrten mit der U-Bahn) begangen hat und keinen festen Wohnsitz nachweisen kann, ein Haftbefehl erwirkt wird. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO wird nicht beachtet.

5. Anforderungen an die gesetzliche Regelung der
Ausnahmen vom strikten Legalitätsprinzip,
Lösungen im materiellen Recht

Bisher wurde dargestellt, welche Gründe hinter dem Legalitätsprinzip im Strafverfahren stehen, welche Ausnahmen davon gerechtfertigt und notwendig sein können und an welche faktischen Grenzen die Durchführung des Legalitätsprinzips stößt. Aus diesen Erörterungen können - zusammen mit anderen Überlegungen - Schlüsse gezogen werden für die Beantwortung der Frage, welche Anforderungen an gesetzliche Ausnahmeregelungen zu stellen sind. Dies kann im Rahmen dieser Arbeit nur allgemein skizziert werden. Schließlich soll in diesem Abschnitt das Problem gestreift werden, ob es nicht zweckmäßiger ist, in Teilbereichen das materielle Recht so zu korrigieren, daß es einer Einschränkung des Legalitätsprinzips gar nicht bedarf.

5.1. Regelungstechnik bei den Ausnahmen vom Legalitätsprinzip

5.1.1. Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs.2 GG
Richtlinien für die Gestaltung von Ausnahmeregelungen lassen sich vor allem aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen gewinnen. Hierbei ist einmal das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu nennen. Danach kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Sinn und Zweck dieser grundgesetzlichen Norm sind darin zu sehen, staatliche Reaktionen vorhersehbar zu machen ¹⁾. Der straf-

1) Jung, Straffreiheit für den Kronzeugen? 1974 S. 62

rechtliche Normadressat muß wissen, wann er sich strafbar macht, und muß darauf vertrauen können, daß nicht vom Gesetz unter Strafe gestelltes Verhalten auch ungeahndet bleibt.

Fraglich ist, ob dieser Gedanke der Publizität und des Vertrauensschutzes auch für das Strafverfahrensrecht - hier für die Fassung von Ausnahmen vom Legalitätsprinzip - zu gelten hat. Auszugehen ist davon, daß nach überwiegender Meinung positive und negative Unrechts- und Schuld Voraussetzungen vom Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG erfaßt werden ²⁾. Weil die Grundgesetzgarantie auch die Bedeutung hat, daß Umstände, die ein an sich strafbares Verhalten straflos machen, im Gesetz bestimmt sein müssen, liegt es nahe, auch die Umstände, die zu einem Absehen von Strafverfolgung führen, dem Bestimmtheitsgebot zu unterwerfen. Wenn dieser Bereich nicht mit umfaßt würde, wäre ja die notwendige Information darüber, wann die staatliche Reaktion auf menschliches Verhalten Bestrafung heißt, unvollständig ³⁾.

Allerdings knüpft Art. 103 Abs. 2 GG vom Wortlaut her nur an den Begriff der "Strafbarkeit" an. Darunter wird die Strafbarkeit der Tat im materiellen Sinn verstanden ⁴⁾. Elemente wie Prozeßvoraussetzungen und Bestrafungshindernisse scheinen darunter nicht subsumierbar zu sein. Dagegen spricht aber, daß Straftat, Strafdrohung und Strafverhängung als Einheit gesehen werden müssen ⁵⁾. Sie sind allesamt "Straftatelemente" im Sinne eines "Straftat-

2) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 18. Aufl. 1976
Vor § 1 Rdn 27, 40, 41; Jung aaO S. 62; aA Dreher,
Strafgesetzbuch, 34. Aufl. 1974 § 2 Anm 1 D c

3) Jung aaO S. 62

4) Dreher aaO § 2 Anm 2 B

5) Jung aaO S. 62

systems" ⁶⁾. Schon deswegen ist es nicht einsichtig, die "Strafbarkeit" in Art. 103 Abs. 2 GG auf Tatbestand und Strafdrohung zu beschränken ⁷⁾. Zumindest dort, wo beim Absehen von Strafverfolgung materiellrechtliche Gründe im Spiel sind, so z.B. bei § 153 StPO - "geringe Schuld" ⁸⁾, muß die Rechtsstaatsgarantie des Art. 103 Abs. 2 GG beachtet werden. Richtiger scheint es jedoch zu sein, das Bestimmtheitsgebot auf alle Straftatelemente - dazu gehören auch Prozeßvoraussetzungen - zu beziehen ⁹⁾. Denn nur dann wird man der Forderung gerecht, daß das Verurteilungsrisiko, die strafrechtliche Konfliktverarbeitung insgesamt, weitgehend vorhersehbar sein soll ¹⁰⁾.

Eine Konkretisierung des Bestimmtheitsgebots hinsichtlich der Ausnahmen vom strikten Legalitätsprinzip bedeutet, daß die Strafverfolgung nach objektiven, transparenten Kriterien eingeschränkt werden muß ¹¹⁾. Die strafrechtlichen Normadressaten müssen möglichst genau wissen, wann mit Strafe zu rechnen ist. Dazu ist es notwendig, die Voraussetzungen, die die Verfolgungspflicht begrenzen, abstrakt festzulegen, ihren Anwendungsbereich durch die Nennung von Beurteilungskriterien möglichst plastisch zu umreißen. Diese Aufgabe kann das Opportunitätsprinzip zumindest in seiner reinsten Form, nämlich bei der Verwendung von Kann-Bestimmungen,

6) Naucke, Der Begriff der "geringen Schuld" (§ 153 StPO) im Straftatsystem, Festschrift für Maurach 1972 S. 198f; Maurach, Deutsches Strafrecht, 4. Aufl. 1971 S. 148ff spricht von der Systematik des Verbrenchensaufbaus

7) vgl. oben S. 109ff

8) so Dreher aaO

9) vgl. Naucke aaO S. 199

10) Zipf, Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip, Festschrift für Peters 1974 S. 499; Jung aaO S.62

11) Zipf aaO S. 500

nicht erfüllen. Hier ist keinerlei Transparenz gegeben. Dies zeigt deutlich etwa die geringe praktische Bedeutung des § 154c StPO: Die Kann-Bestimmung stiftet beim Erpressungsoffer nur Verwirrung. Weil er überhaupt nicht weiß, was er bei einer Aussage zu erwarten hat, läuft die Bestimmung leer¹²⁾. Aber auch die Verwendung von Ermessensbegriffen ohne Anschaulichkeit ist zu vermeiden. In diesen Begriffen müssen wenigstens ansatzweise die Überlegungen erkenntlich sein, von denen die Staatsanwaltschaft ihre Entscheidung abhängig macht.

5.1.2. Der Gleichheitssatz des Art. 3 GG

Ein weiteres, für die Gewinnung von Richtlinien für die Regelung von Ausnahmen von der Verfolgungspflicht bedeutsames rechtsstaatliches Prinzip ist der Gleichheitssatz des Art. 3 GG.

Der Gleichheitssatz gebietet nicht eine völlig undifferenzierte Behandlung der gesamten Kriminalität. Er bedeutet keine Gleichmacherei¹³⁾. Bei Beibehaltung der Verfolgungspflicht im Grundsatz ist es durchaus gerechtfertigt und dem Gleichheitssatz angemessen, unter bestimmten Umständen von Strafverfolgung abzusehen. Allerdings muß die Bestimmung von Ausnahmesituationen sachgerecht sein. Der Grundsatz der Gleichheit verlangt sachliche Anknüpfungspunkte für die differenzierte Behandlung der Kriminalität. Hierbei sind keine strengen Maßstäbe anzulegen, da der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz keine Klasse von Differenzierungen eindeutig als unzulässig charakterisiert.¹⁴⁾ Es genügt eine aus-

12) vgl. oben S. 70

13) vgl. oben S. 52

14) Jung aaO S. 61; Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971 S. 83

reichende Plausibilität für die Ungleichbehandlung¹⁵⁾. Allerdings ist stets von der Aufgabe des Strafrechts, dem Rechtsgüterschutz, und den kriminalpolitischen Leitlinien Rationalität, Effektivität und Praktikabilität auszugehen. Dementsprechend können etwa die Geringfügigkeit der Tat, prozeßökonomische Aspekte, das Verfolgungsoptimum als generalpräventiver Gesichtspunkt sachliche Anknüpfungspunkte für eine Differenzierung sein.

Mit dieser Forderung nach einem sachlichen Anknüpfungspunkt ist freilich das Wesen des Gleichheitssatzes nicht erschöpft. Die Differenzierung muß ausreichend genau sein. Der Staatsanwaltschaft müssen im Gesetz faßliche Richtlinien an die Hand gegeben werden¹⁶⁾, damit sie in die Lage versetzt werden, das Absehen von Strafverfolgung einheitlich und frei von Willkür zu handhaben. Die Wichtigkeit dieser Forderungen ist gerade dann besonders hervorzuheben, wenn - wie dargestellt - das Legalitätsprinzip, bedingt durch das Bestehen eines Dunkelfelds, durch die Selektion bei der Strafverfolgung, an faktische Grenzen stößt, die in absehbarer Zeit nicht abgebaut werden können¹⁷⁾. Aus diesem Befund folgt nämlich nicht zwingend, sich damit abzufinden und den "Anspruch auf das Realisierbare zu senken"¹⁸⁾, d.h. das Legalitätsprinzip, das den Anspruch auf gleichmäßige umfassende Behandlung nicht einlösen kann, zugunsten des Opportunitätsprinzips aufzugeben. Es kann vielmehr grundsätzlich, was den "Normalfall" betrifft,

15) Podlech aaO S. 87; Jung aaO S. 61

16) Jung aaO S. 68

17) s. o. 165ff

18) Zipf aaO S. 495

am Verfolgungszwang festgehalten werden ¹⁹⁾. Nur muß dann die "Diskrepanz zwischen Anspruch und Wirklichkeit" ²⁰⁾ in erträglichen Grenzen gehalten werden. Das heißt: Wenn feststeht, daß die Strafverfolgungsorgane gezwungenermaßen eine Auswahl treffen, sollte wenigstens Art und Weise der Selektion gleichmäßig und frei von Willkür sein. Damit könnte - zumindest teilweise - die "differentielle Wahrscheinlichkeit der Sanktionierung" ²¹⁾ verhindert werden ²²⁾. Die Auswahl könnte unparteiisch, nach einheitlichen Maßstäben durchgeführt werden. Damit wäre gerade im Hinblick auf den Gleichheitssatz viel geleistet.

Die rechtstechnische Umsetzung der Forderung nach möglichst genauen Handlungsanweisungen für die Strafverfolgungsorgane hat in ähnlicher Weise zu geschehen wie bei der Konkretisierung des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG. Die Kriterien, nach denen die Staatsanwaltschaft ihre Entscheidung trifft, müssen allgemein verbindlich sein. Dies bedeutet, daß das Legalitätsprinzip in abstrakt-typisierender Form - soweit möglich - durch die Verwendung von wenn auch unbestimmten, so doch einigermaßen faßlichen Rechtsbegriffen gesetzlich zu begrenzen ist ²³⁾. Auf der anderen Seite heißt dies, daß die Verfolgungspflicht nicht durch Opportunitätsregelungen (durch Freigabe von Ermessen) eingeschränkt werden sollte. Denn dadurch wird man die differentielle Wahrscheinlichkeit der Sanktionierung nicht verhindern können und dem Gebot des

19) Jung aaO S. 61

20) Zipf aaO S. 495

21) Zipf aaO S. 498

22) vgl. Jung aaO S. 61

23) Zipf aaO S. 500f; Jung aaO S. 62

Art. 3 GG nach willkürfreier, einheitlicher Gesetzesanwendung nicht gerecht werden.

Freilich darf nicht übersehen werden, daß es äußerst schwierig ist, im Einzelnen diese Forderung zu realisieren. Die Gründe, die Ausnahmen vom Legalitätsprinzip nahelegen, sind oft sehr komplex. Die verschiedenen (etwa kriminalpolitischen und staatspolitischen) Anliegen in eine vernünftige, faßliche Gesetzessprache umzusetzen, bereitet deswegen große Schwierigkeit ²⁴⁾. Die Transformation dürfte dabei noch mühsamer sein als die oben erörterte Grenzziehung im materiellen Recht zwischen strafwürdigem und nicht mehr strafwürdigem Verhalten ^{25) 26)}.

5.2. Legalitätsprinzip und materielles Recht

Berechtigung und Notwendigkeit bestimmter Ausnahmen von der Verfolgungspflicht sind angesichts vor allem kriminalpolitischer Drucksituationen unbestritten. Allerdings sind auch andere Lösungsmöglichkeiten denkbar, um diesen Sachzwängen Herr zu werden. Es wäre zu untersuchen, ob nicht - zumindest in Teilbereichen - das materielle Recht korrigiert werden kann. In diesem Fall wäre der Einbau eines verfahrensrechtlichen Filters gar nicht notwendig. Das Legalitätsprinzip würde dadurch nicht tangiert.

Eine derartige Lösung ist dann vorzuziehen, wenn die Voraussetzungen, von denen der Nichteintritt

24) vgl. Jung aaO S. 68

25) s. o. S. 121; dazu Cramer, Ahndungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch, Festschrift für Maurach 1972 S. 493

26) Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, im Einzelnen konkrete Vorschläge zur Fassung von Ausnahmebestimmungen zu machen.

einer Strafe abhängt, eindeutig materiellrechtlichen Charakter haben. Dies gilt insbesondere, wie bereits oben erörtert, für den Begriff der "geringen Schuld" in § 153 StPO. Die Ausscheidung nicht strafwürdigen Verhaltens ist ein materiellrechtliches Problem. Es ist deswegen im materiellen Recht zu verarbeiten ²⁷⁾. Dafür gibt es Lösungswege, etwa die "fragmentarische Natur des Strafrechts aktualisierende (restriktive) Auslegung" ²⁸⁾ oder die Anhebung der Strafrechtsschwelle durch Auswahl enger Tatbestandsmerkmale ²⁹⁾. Es bietet sich auch an, den in § 153 StPO beschriebenen Konflikt im Rahmen der Vorschriften über die Strafzumessung zu bewältigen ³⁰⁾ oder die "geringe Schuld" als persönlichen Strafausschließungsgrund anzuerkennen ³¹⁾.

Im Übrigen lassen sich zur Zeit keine allgemeinen klaren Kriterien dafür aufstellen, ob eine Regelung über den Nichteintritt der Strafe in das materielle oder in das formelle Recht gehört ³²⁾. Es ist vorstellbar, einzelne Einstellungsvorschriften, weil sie zumindest einen materiellrechtlichen Bezug haben, in eine Regelung des materiellen Rechts zu übernehmen. So könnte etwa die Nichtverfolgung von Auslandstaten nach § 153c Abs. 1 Nr. 3 StPO auch von einer Vorschrift über den Geltungsbereich des Strafrechts nach §§ 1ff StGB erfaßt werden. Die

27) s. o. S. 120

28) Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973 S. 23

29) Baumann, Minima non curat praetor, Festschrift für Peters 1974 S. 10

30) F.C. Schroeder, Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute, Festschrift für Peters 1974 S. 417

31) Naucke aaO S. 197ff

32) F.C. Schroeder aaO S. 424

aus Gründen der Prozeßökonomie vorgenommenen Beschränkung der Strafverfolgung nach §§ 154, 154a StPO könnte ebensogut im Rahmen der Konkurrenzvorschriften geregelt werden ³³⁾.

Angesichts dieser Unsicherheit über die richtige Regelungstechnik ist es erforderlich, allgemeine Kriterien zu ermitteln, die eine Entscheidung über eine klare Grenzziehung zwischen materiellem und formellem Recht ermöglichen. Es kann nicht mehr Aufgabe dieses Beitrags sein, hier genauere und konkretere Erwägungen anzustellen.

Literaturverzeichnis

- ARZT, Günther Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, Tübingen 1970
- ASCHROTT, P. F. Reform des Strafprozesses. Kritische Besprechungen der von der Kommission für die Reform des Strafprozesses gemachten Vorschläge, 1906
- BACHOF, Otto Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951
- BARTSCH, Hans-Jürgen Einstellung gegen Bußzahlung - Unzulässiger Freikauf von der Strafsanktion, ZRP 1969, 128
- BAUMANN, Jürgen Zur Reform des politischen Strafrechts, JZ 1966, 329
- Was erwarten wir von der Strafrechtsreform? in Baumann (Herausgeber), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Frankfurt 1968, S. 14
- Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer - eine Strafrechtserweichung? in Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Frankfurt 1968, S.128
- Grabgesang für das Legalitätsprinzip, ZRP 1972, S. 273
- Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1974 Bielefeld
- Minima non curat praetor, Festschrift für Peters, Tübingen 1974, S. 3
- Strafprozeßreform in Raten, ZRP 1975, S. 38
- van BEMMELEN, J. M. Strafrecht und Kriminologie, MschrKrim 50 (1967), S. 99
- BENNECKE-BELING Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeßrechts, Breslau 1900
- BETTERMANN, Karl August Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in Bettermann-Scheuner-Nipperdey, Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, Berlin 1959
- BIRKMEYER Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898
- Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe, GS 1906, S. 401
- BLANKENBURG, Erhard Die Staatsanwaltschaft im Prozeß sozialer Kontrolle, KrimJ 5 (1973), S. 191
- BOCKELMANN, Paul Zur Reform des Strafsystems, JZ 1951, S. 494
- Vom Sinn der Strafe, Vorträge der Freizeit der Heidelberger Theologischen Fakultät am 16. Juli 1960, S. 25

- BOXDORFER, Dietrich Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung trotz geringer Schuld des Täters - Grenzen der Anwendung des § 153a StPO, NJW 1976, S. 317
- BRÜGGEMANN, Dieter Die rechtssprechende Gewalt, Berlin 1962
- BRUNS, Hans-Jürgen Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, Köln 1967
- CRAMER, Peter Ahndungsbedürfnis und staatlicher Sanktionsanspruch, Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, S. 487
- DENCKER, Friedrich Strafrechtsreform im Einführungsgesetz? - Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB -, JZ 1973, S. 144
- DREHER, Eduard Strafgesetzbuch, 34. Aufl. 1974, München
- Die Behandlung der Bagatellkriminalität, Festschrift für Welzel, Berlin-New York 1974, S. 917
- ECKL, Peter Legalitätsprinzip in der Krise? ZRP 1973, S. 139
- Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität, JR 1975, S. 99
- Zur Reform des Rechtsmittelsystems im Strafprozeß, BayVBl 1975, S. 212
- EHMKE, Horst "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, in Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 230/31, 1960
- ENGISCH, Karl Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl. 1971, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz
- ESER, Albin Absehen von Strafe - Schuldspruch unter Strafvorzicht, Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, S. 257
- FALLER, Hans Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozeß, Festgabe für Theodor Maunz, München 1971, S. 69
- FEUERBACH-MITTERMAIER Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechtes, 14. Aufl. 1847, Gießen
- FRISCH, Wolfgang Der Begriff des "Verletzten" im Klageerzwingungsverfahren, JZ 1974, S. 7
- GALLAS, Wilhelm Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968), S. 1
- GERLAND, Heinrich Die systematische Stellung des Privatklageverfahrens im Strafprozeß, GS 60 (1962), S. 157
- GLASER, Julius Handbuch des Strafprozesses, Erster Band, Leipzig 1883

- GÖPPINGER, Hans Zur Kriminologie der Verkehrsdelikte, NJW 1959, S. 2281
Kriminologie, München 1971
- GÖSSEL, Karl-Heinz Strafrechtsgewinnung als dialektischer Prozeß, Festschrift für Peters, Tübingen 1974, S. 41
- GÜDE, Max Legalitätsprinzip und Rechtsstaat, MDR 1958, S. 285
- HAMANN-LENZ Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl. 1970 Berlin
- HANACK, Ernst-Walter Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform, Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973 S. 339
- HEINZ, Wolfgang Bestimmungsgründe der Anzeigebereitschaft des Opfers, Diss. Freiburg 1972
- HEINZE, CARL Dispositionsprinzip und Offizialprinzip; Verhandlungsform und Untersuchungsform; insbesondere im Strafprozeß, GA 24 (1876), S. 265
- HENKEL, Heinrich Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1968, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz
- HERTZ, Adolf Die Geschichte des Legalitätsprinzips, Diss. Leipzig 1935
- von HOLTZENDORFF, Franz Rechtslexikon, Leipzig 1881
- HOMANN, Klaus Der Begriff des "öffentlichen Interesses" in den §§ 376, 153 StPO und 232 StGB, Diss. Göttingen 1971
- IPSEN, Hans-Peter Gleichheit, in Bettermann-Scheuner-Nipperdey, Die Grundrechte, 2. Band, Berlin 1954, S. 111
- JELLINEK, Georg Die soziolethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Hildesheim 1967 (Reprographischer Nachdruck der Ausgabe Wien 1878)
- JESCHECK, Hans-Heinrich Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1972, Berlin
- JUNG, Heike Straffreiheit für den Kronzeugen? Köln-Berlin-Bonn-München 1974
- KAISER, Günter Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, Tübingen 1970
Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, Frankfurt 1972
Kriminologie, Eine Einführung in die Grundlagen, 2. Aufl. 1973, Karlsruhe
- KALSBACH, Werner Die gerichtliche Nachprüfung von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, 1967

- KANKA, Karl Das Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) von 1964, MDR 1965, S. 245
- KAUFMANN, Armin Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959
- KAUFMANN, Arthur Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961
Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, S. 327
- KEMPFLER, Herbert Der Nebenkläger im geltenden und künftigen Strafverfahren, Diss. München 1956
- KERN, Eduard Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Band, Berlin 1954, S. 51
- KERN-ROXIN Strafverfahrensrecht, 13. Aufl. 1975 München
- KERNER, Hans-Jürgen Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung, München 1973
- KLEINKNECHT, Theodor Strafprozeßordnung, 32. Aufl. 1975 München
- KOHLHAAS, Max Unzulässige Durchbrechung des Legalitätsprinzips, GA 1956, S. 241
- KRAUSE, Friedrich Kriminalpolitische Betrachtungen zur sog. Chantage, MschrKrim 1969, S. 214
- KRAUTH-KURFESS-WULF Zur Reform des Staatsschutz-Strafrechts durch das Achte Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 1968, S. 731
- KREY, Volker Der Fall Peter Lorenz - Probleme des rechtfertigenden Notstandes bei der Auslösung von Geiseln, ZRP 1975, S. 97
- von KRIES, August Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg 1892
- KRÜPELMANN, Justus Die Bagatelldelikte, Berlin 1966
- KUTZER, Klaus Zum Ermessens- und Handlungsspielraum der Staatsanwaltschaft, DRiZ 1975, S. 110
- LEHMANN, Lutz Legal und opportun, Berlin 1966
- von LISZT, Franz Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I 1905, S. 30 (Vortrag aus dem Jahre 1877)
- LÖWE-ROSENBERG Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar Erster Band 22. Aufl. 1971 Berlin
Zweiter Band 22. Aufl. 1973 Berlin
- LÜTTGER, Hans Lockerung des Verfolgungszwangs bei Staatschutzdelikten, JZ 1964, S. 569
Staatsschutzverfahren statistisch gesehen, MDR 1967, S. 257, S. 349

- MAIWALD, Manfred Die Beteiligung des Verletzten im Strafverfahren, GA 1970, S. 33
Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, S. 9
- MANG, MAUNZ, MAYER, OBERMAYER Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl. 1975
- von MANGOLDT-KLEIN Das Bonner Grundgesetz, Band I, Kommentar, Berlin 1966
- MAUNZ, Theodor Deutsches Staatsrecht, 18. Aufl. 1971 München
- MAUNZ-DÜRIG Grundgesetz, Kommentar, München 1971
- MAURACH, Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971 Karlsruhe
- MAYER, Franz Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 14, Berlin 1963
- MERGEN, Armand Die Kriminologie, Berlin-Frankfurt 1967
- MEYER, Dieter Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes und Strafzumessung, JuS 1975, S. 87
- MEYER, Jürgen Brauchen wir den Kronzeugen? ZRP 1976, S. 25
- MIDDENDORFF, Wolf Soziologie des Verbrechens, Düsseldorf/Köln 1959
- MITTERMAIER, C.J.A. Legalitätsprinzip und Ausdehnung der Privatklage, in Aschrott, Reform des Strafprozesses, 1906, S. 148
- MORSCHBACH Und noch einmal: § 154c StPO, NJW 1956, S. 940
- MÜLLER, Rudolf Die Ausweitung der Wirtschaftskriminalität, ZRP 1970, S. 110
- NASS, Gustav Der Staat und seine Verbrecher, Wiesbaden 1968
- NAUCKE, Wolfgang Der Begriff der "geringen Schuld" (§ 153 StPO) im Straftatsystem, Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, S. 197
- NIEMEYER, Jürgen Genugtuung des Verletzten durch Buße, Tübingen 1972
- NIESE, Werner Die Anklageerzwingung im Verhältnis zum Legalitäts- und Opportunitätsprinzip, SJZ 1950, S. 890
- OBERMAYER, Klaus Die Beurteilungsfreiheit der Verwaltung, BayVBl 1975, S. 257
- ODERSKY, Walter Auswirkungen der Strafrechtsreform auf die polizeiliche Tätigkeit, BayVBl 1975, S. 33
- OETKER, Friedrich Nebenklage und Adhäsionsprozeß, GS 105, S. 177
Legalität, Opportunität, Klageerzwingung, GS 105 (1935), S. 371

- PETERS, Karl Das Begreifen der Eigentumsordnung als kriminalpolitisches Problem, Festschrift für Wilhelm Sauer, Berlin 1949, S. 9
Die Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidungen, ZStW 68 (1956), S. 374
Strafprozeß, 2. Aufl. 1966 Karlsruhe
- PLANCK Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848, Göttingen 1857
- PODLECH, Albert Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 144, Berlin 1971
- POPITZ, Heinrich Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe, Tübingen 1968 im Rahmen einer Vortragsreihe der Universität Freiburg zum Thema: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, in Recht und Staat, Heft 350
- RATZ, Michael Zur Anwendbarkeit der §§ 154, 154b StPO bei Maßnahmen ausländischer Gerichte, NJW 1970, S. 1668
- ROESEN, Anton Das öffentliche Interesse bei der Strafaussetzung zur Bewährung, NJW 1954, S. 866
- ROSENBERG-SCHWAB Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. 1969 München
- ROXIN, Claus Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 377
Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973 Berlin
- SACK-KÖNIG Kriminalsoziologie, Frankfurt 1968
- SAX, Walter Grundsätze der Strafrechtspflege, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, Berlin 1959, S. 909
Zum Verfahren in Staatsschutzsachen im Ausland, JZ 1964, S. 41
- SCHLÜTER, Franz Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935, Zweiter Teil, JW 1935, S. 2329
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard Vom Sinn der Strafe, Göttingen 1963
Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß? JZ 1973, S. 529
Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975

- SCHMIDT, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl. Göttingen 1964
Teil II, Göttingen 1957
Nachträge und Ergänzungen zu Teil II (StPO), Göttingen 1967
Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, in Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehrer, Bonn 1954, S. 9
- SCHMÖE Nochmals: Gedanken und Vorschläge zu § 154c StPO, NJW 1956, S. 212
- SCHÖNKE-SCHRÖDER Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl. 1976 München
- SCHOREIT, Armin Kriminalpolitik und Rationalität, JZ 1974, S. 254
- SCHROEDER, F. C. Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute, Festschrift für Peters, Tübingen 1974, S. 411
- SCHWARZ-KLEINKNECHT Strafprozeßordnung, 28. Aufl. 1969 München
- SEELIG/BELLAVIC Lehrbuch der Kriminologie, 3. Aufl. 1963 Darmstadt
- SERWE, Hans Abschied vom Legalitätsprinzip, Kriminalistik 1970, S. 377
- STEFFEN, Erich Haftung für Amtspflichtverletzungen des Staatsanwalts, DRiZ 1972, S. 153
- STOLL, Hans Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Schadensersatz für immateriellen Schaden? Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, Band 1, Teil 1, S. 1, München 1964
- STRATENWERTH, Günter Zum Streit der Auslegungstheorien, Festschrift für German, 1969, S. 257
- STRUBEL-SPRENGER Die gerichtliche Nachprüfbarkeit staatsanwaltschaftlicher Verfügungen, NJW 1972, S. 1734
- SUNDELIN, P. Die praktischen Fälle, wo das sonst begründete Einschreiten des Staatsanwalts aus Nützlichkeitserwägungen unterbleiben kann, GS 14 (1862), S. 355
- SUTHERLAND, Edwin White-collar Kriminalität, in einer deutschen Übersetzung in Sack-König, Kriminalsoziologie, Frankfurt 1968, S. 187
- von THOMSEN Gutachten, in Verhandlungen des Zwölften Deutschen Juristentages, Berlin 1874, S. 193

- VOGEL, Horst Das "öffentliche Interesse an der Strafverfolgung" und seine prozessuale Bedeutung, Diss. München 1966
- WAGNER, Walter Staatsschutz-Staatsraison-Rechtsstaat, ZStW 75 (1963), S. 393
Zum Legalitätsprinzip, Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, Karlsruhe 1964, S. 149
Der objektive Staatsanwalt - Idee und Wirklichkeit, JZ 1974, S. 212
- WARDA, Günter Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1962
- WELZEL, Hans Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969 Berlin
Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491
- WILLIGMANN, Hans-Ulrich Gedanken und Vorschläge zu § 154c StPO, NJW 1955, S. 1747
- WILLMS, Günther Staatsschutz im Geiste der Verfassung, in: Demokratische Existenz heute, Schriften des Forschungsinstituts für Politische Wissenschaft der Universität zu Köln, Heft 7, 1962
- WOESNER, Horst Reform des Staatsschutzstrafrechts, NJW 1967, S. 753
- WOLF, Erik Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren, DJZ 1936, Sp. 1257
- WÜRTENBERGER, Thomas Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2. Aufl. 1959 Karlsruhe
- ZIPF, Heinz Kriminalpolitik, Eine Einführung in die Grundlagen, 1973
Kriminalpolitische Überlegungen zum Legalitätsprinzip, Festschrift für Peters, Tübingen 1974, S. 487
- ZIRPINS/TERSTEGEN Wirtschaftskriminalität, Lübeck 1963

Abkürzungen

aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
aF	alte Fassung
aM	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AO	Reichsabgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, Amtliche Sammlung
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BayVB1	Bayerische Verwaltungsblätter
Bd.	Band
BGB1.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, Amtliche Sammlung
BR-	Bundesrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT-	Bundestag
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drucks.	Drucksache
E	Entwurf
EG	Einführungsgesetz
ff	folgende
GA	Goldtammers Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GS	Gerichtssaal
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
idF	in der Fassung
iS	im Sinne

iVm	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KrimJ	Kriminologisches Journal
krit.	kritisch
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Rdn	Randnummer
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite
s.o.	siehe oben
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
str.	streitig
StrÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
s.u.	siehe unten
Verh.	Verhandlungen
vgl.	vergleiche
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Lebenslauf

Am 17. März 1946 bin ich in Göppingen geboren. Meine Schulzeit - Volksschule und Gymnasium, von 1952 bis 1965 - verbrachte ich ausschließlich in Göppingen. Das Abitur legte ich im Jahre 1965 im Freihof-Gymnasium ab.

Danach nahm ich in der Ludwig-Maximilians-Universität in München das Jura-Studium auf. Nach einem Semester mußte ich unterbrechen: Vom Oktober 1965 bis September 1967 war ich Soldat bei der Bundeswehr.

Zum Wintersemester 1967/68 immatrikulierte ich mich wieder in München. Dort bestand ich im Termin 1971/I, nach insgesamt acht Semestern Studium, das Referendarexamen.

Vom September 1971 bis April 1975 war ich Rechtsreferendar beim Freistaat Bayern. Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich in München am 11. April 1975 im Termin 1974/II ab.

Vom Mai 1975 bis April 1976 erhielt ich ein Promotionsstipendium nach dem Graduiertenförderungsgesetz.

Seit Mai 1976 bin ich als selbständiger Rechtsanwalt in einer Münchener Anwaltssozietät tätig.

